



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 233

Cali, tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por la señora MARGARITA MARIA TORO SILVA, quien actúa como agente oficiosa de FEDERICO BOHORQUEZ TORO, en contra de la aseguradora en salud EPS SANITAS, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante que, a su hijo se le amputaron los dedos de ambos pies debido a una necrosis que se produjo como consecuencia de una bacteria que adquirió durante una hospitalización en UCI en el mes de junio de 2022.

2.- Que el 31 de marzo de 2023 el médico fisiatra le dio la orden del diseño, adecuación y entrenamiento de prótesis para amputación de antepie bilateral, para mejorar la marcha, las cuales le fueron suministradas, pero revisadas por el médico fisiatra, determinó que esas prótesis no están realizadas en el material indicado, pues deben realizarse en silicona o un material suave.

3.- Afirma que su hijo requiere de las prótesis para mejorar su calidad de vida.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante que se ordene a SANITAS EPS, que le autorice a su hijo las prótesis idóneas de antepie bilateral fabricadas en un material que le genere acolchamiento y confort al caminar, realizadas por un prestados idóneo.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.



Mediante auto de fecha 22 de septiembre de 2023, este despacho admitió la tutela ordenando oficiar a la entidad accionada con el fin de que en el término de dos días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación a la presente acción constitucional de la FUNDACIÓN CIREC, ORTOPEDICA AMERICANA LTDA, CLINICA IMBANACO, el ADRES, y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD.

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS.

SANITAS EPS sostiene que *"RESPUESTA: Una vez revisada la solicitud se informa que la prótesis se encuentra financiadas con recursos de la UPC Por lo anterior se procede a realizar el proceso de cotización, una vez que se cuente con soportes de entrega se notificará para alcance."*

LA CLINICA IMBANACO manifiesta que: *"Se desconoce lo que la aseguradora ha realizado al respecto de la entrega de los insumos solicitados (prótesis de antepié bilateral) por el Tutelante, teniendo en cuenta que ese tipo de trámites en nuestro Sistema de Salud, le corresponde a la Aseguradora en este caso, SANITAS EPS y no a la Clínica Imbanaco como Institución Prestadora de Salud.."*

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: refiere que como autoridad sanitaria, su función no es la de prestar servicios de salud sino la de garantizarla mediante el direccionamiento de políticas públicas, además luego de citar precedentes jurisprudenciales y normas en materia de salud, afirma que lo requerido por el tutelante debe ser proporcionado por la EPS accionada, pues es una entidad con presupuesto propio, autonomía administrativa, jurídica y financiera, por tanto llamada a brindar los servicios que el paciente requiera.

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL manifiesta que: *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando la accionante ACTIVA en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) SANITAS EPS esta entidad como administradora de servicios en salud, deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo."*



ADRES responde: *"es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS."*

III. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar, si SANITAS EPS ha vulnerado los derechos fundamentales del señor FEDERICO BOHORQUEZ TORO por no haberle proporcionado la prótesis adecuada que le fue ordenada por el médico tratante, para mejorar la marcha.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B. MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.



Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de "conexidad", bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales. (. . .)

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la "conexidad" como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

"Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental".

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que "la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela".



3.1.11. *En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.”¹*

Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)”.

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el **ordenamiento jurídico** colombiano”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó 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**”.*

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces

¹ Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.”²

C. CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que al señor FEDERICO BOHORQUEZ TORO se le amputaron los dedos de ambos pies debido a una necrosis que se produjo como consecuencia de una bacteria que adquirió durante una hospitalización en UCI en el mes de junio de 2022, por ello, en consulta del 31 de marzo de 2023 el médico fisiatra le ordenó unas prótesis, las cuales le fueron suministradas, sin embargo, revisadas por el médico fisiatra determinó que esas prótesis no están realizadas en el material indicado, pues deben realizarse en silicona o un material suave y hasta el momento no le han sido suministradas por la EPS.

Por su parte, SANITAS EPS contesta que está realizando los trámites de cotización de las prótesis y aporta constancia de haber remitido la solicitud en tal sentido a CRUZ VERDE vía correo electrónico.

Es claro entonces, que la atención en salud que requiere el señor FEDERICO BOHORQUEZ TORO, no se ha materializado y la mera solicitud de cotización no satisface la protección del derecho a la salud y a la vida digna cuya protección reclama el accionante, pues ni siquiera se da una fecha cierta para la entrega de las prótesis, las cuales le fueron ordenadas desde el mes de marzo de 2023; luego entonces es necesaria la intervención del juez constitucional.

En consecuencia, se concederá la protección tutelar invocada y se ordenará a SANITAS EPS, que en el término de OCHO (8) días contados a partir de la notificación de este fallo, entregue al paciente FEDERICO BOHORQUEZ TORO, *“prótesis para amputación de antepie bilateral, a medida, bajo molde anatómico para mejorar*

² Sentencia T-196-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

marcha” “ideal usar materiales blandos que reemplacen espacio a unsete y que generen acolchamiento y confort.”

v.- DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora Margarita María Toro Silva, como agente oficiosa de FEDERICO BOHORQUEZ TORO.

SEGUNDO: ORDENAR a SANITAS EPS, que en el término de OCHO (8) días contados a partir de la notificación de este fallo, entregue al paciente FEDERICO BOHORQUEZ TORO, *“prótesis para amputación de antepie bilateral, a medida, bajo molde anatómico para mejorar marcha” “ideal usar materiales blandos que reemplacen espacio a unsete y que generen acolchamiento y confort.”*

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

CUARTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

QUINTO: ARCHIVARSE el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad. 2023-236-00