



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo
(Casanare)

Paz de Ariporo (Casanare), diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ACCIÓN DE TUTELA.

ACCIONANTE: Emeling Adriana Mosquera Peña, quien actúa como agente oficioso de Laura Estefanía Pérez Pregonero.

ACCIONADO: Capresoca EPS – Secretaría de Salud del Departamento de Casanare.

RADICACIÓN: 852504089001-2022-00037-00

Corresponde a este Despacho proferir fallo de tutela de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas reglamentarias, en el proceso de la referencia adelantado por Emeling Adriana Mosquera Peña, quien actúa como agente oficioso de la Laura Estefanía Pérez Pregonero, en contra de la **CAPRESOCA EPS – SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE.**

I. ANTECEDENTES

Manifiesta la agente oficiosa que incoó la acción, que la menor de edad Laura Estefanía Pérez Inocencio, se encuentra afiliada al sistema general de salud a través de la EPS CAPRESOCA, régimen subsidiado; que fue diagnosticada con enfermedad de MICROCEFALIA, HIPOPLASIA DEL CUERPO CALLOSO CON DIAGNOSTICO GENETICO DE DELACION PATOGENICA DE LA REION CROMOSICO, RETARDO GLOBAL DEL DESARROLLO, DISPLACIA DE LAS CADERAS EN DESARROLLO, CON FALTA DE DESCUBRIMIENTO DE LAS CABEZAS FEMORALES, tal como lo indica la historia clínica; que la especialista tratante desde el mes de marzo de 2022, y que además la menor requiere, según orden de la galena, la materialización de i) ortesis de tobillo pie articulada con tope a la planiflexión, en polipropileno, formada bajo molde y talla del paciente, forrado interno caucho espuma, que lleve cuello de pie de 90°, con correas de sujeción en velcro para su uso con calzado convencional para miembro inferior izquierdo y derecho. Total 2, sin embargo, nunca fue llevado a cabo efectivamente.

Continúa su relato indicando que la señora Milena Isabel Pregonero Córdoba, madre de la menor ha solicitado la materialización de los servicios requeridos, sin embargo, a la fecha de interposición de esta a la EPS Capresoca no ha dado respuesta favorable a sus pedimentos.

II. PRETENSIONES

Corolario de lo antepuesto, la agente oficiosa solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la salud con conexidad a la dignidad humana de la agenciada y en consecuencia se le ordene a la EPS Capresoca que de manera inmediata proceda a autorizar y suministrar; i) ortesis de tobillo pie articulada con tope a la planiflexión,

en polipropileno, formada bajo molde y talla del paciente, forrado interno caucho espuma, que lleve cuello de pie de 90°, con correas de sujeción en velcro para su uso con calzado convencional para miembro inferior izquierdo y derecho. Total 2, y ii) cita de control con la fisioterapia con resultados y elementos ortésico.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

Se tiene entonces que las diligencias correspondieron por reparto a este Despacho el pasado 5 de mayo del presente año, razón por la cual este Togado mediante decisión de la misma fecha dispuso la admisión del trámite constitucional, ordenando notificar personalmente a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho a la defensa y a la contradicción, a quienes le fue enviado copia del escrito de tutela y del auto admisorio.

Contestación Capresoca EPS.

Actuando a través de la señora NURIA YARLEY BOHORQUEZ PEÑA, en calidad de gerente, dio contestación al escrito tutelar señalando inicialmente que efectivamente la agenciada se encuentra afiliada a su entidad a través del régimen subsidiado, aclarando que bajo ninguna circunstancia ha trasgredido los derechos fundamentales de la agenciada pues ha estado a estado atenta a prestar los servicios médicos requeridos por el paciente.

En cuanto a los servicios médicos requeridos indicó que desde el área de autorizaciones, se adelantaron las acciones administrativas y operativas correspondientes a fin de garantizar el insumo requerido por la menor Laura Estefanía Pérez Pregronero, razón por la cual el pasado 10 de mayo realizó cotización del insumo ante oxígenos del oriente, que una vez aprobada la misma, se le solicita al proveedor realizar la confección, elaboración y entrega de la prótesis que requiere la menor, en el menor tiempo posible.

Adicionalmente expuso que como entidad aseguradora del riesgo en salud donde se encuentra afiliada la menor, no está asumiendo actitud negativa para administrar el suministro de los elementos ortopédicos prescritos a Laura Estefanía.

Además de lo anterior indicó que en el presente asunto no resulta procedente ordenar o asignar la cita de control con la fisiatra, pues esta sería asignada cuando se haya realizado la entrega material de la órtesis.

Con fundamento en lo anterior, solicitó de manera principal que se nieguen todas las pretensiones de la acción de tutela, teniendo en cuenta que en el presente caso se presenta un hecho superado por carencia actual de objeto, respecto de los servicios médicos aquí solicitados.

Contestación Secretaría de Salud del Departamento.

Actuado a través de apoderado judicial, el Departamento de Casanare luego de realizar una reseña sobre los fundamentos de derechos sobre las competencias asignadas al sector salud el cual está a cargo los departamentos, solicitó su desvinculación del presente trámite al considerar que carece de legitimación de la causa por pasiva, como quiera que, no desplegado ninguna actuación, ni incurrido en ninguna omisión, que conlleve la trasgresión de las garantías fundamentales del accionante.

IV. CONSIDERACIONES FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN

El Art. 86 de la CN, faculta a toda persona para reclamar ante los Jueces mediante la acción de tutela la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Excepcionalmente procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación e indefensión.

A su vez el D.306/1992 que desarrolla el D.2591/1991 que reglamentó la acción de tutela, refiriéndose a los derechos protegidos por la acción de tutela señala: “De conformidad con el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir la leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior.”

V. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en este asunto, en atención a las pretensiones contenidas en el escrito de tutela, se circunscribe a determinar si la EPS Capresoca, se encuentra transgrediendo los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la menor de edad Laura Estefanía Pérez Pregonero al haber realizado todos los trámites administrativos para lograr la entrega material de “ortesis de tobillo pie articulada con tope a la planiflexión, en polipropileno, formada bajo molde y talla del paciente, forrado interno caucho espuma, que lleve cuello de pie de 90°, con correas de sujeción en velcro para su uso con calzado convencional para miembro inferior izquierdo y derecho. Total 2”.

Legitimación activa: En el presente caso este presupuesto se cumple a cabalidad, pues la accionante, en su calidad de Personera del municipio de Paz de Ariporo, le asiste el interés legal para incoar la acción de tutela en busca de lograr la protección de los derechos fundamentales de su agenciado.

Legitimación pasiva: La acción de tutela se dirige contra de la EPS Capresoca, y la Secretaría de Salud del Departamento, personas jurídicas de índole público, con capacidad para ser parte en este trámite constitucional.

Inmediatez: Requisito que impone al accionante la carga de interponer la acción en un término razonable con respecto al acaecimiento del hecho que presuntamente vulnera el derecho; para el caso que nos convoca los hechos que se alegan como transgresores de las garantías fundamentales de la agenciada aún persisten en el tiempo, por lo que se tendrá por superado este presupuesto general de procedibilidad.

Subsidiariedad: El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Frente a sujetos de especial protección ha expresado la Corte (T-336 de 2018) que el requisito de subsidiariedad debe flexibilizarse, “en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones.” (T-336 de 2018).

En vista de que en este proceso se controvierte la autorización y materialización de servicios médicos para el tratamiento de un diagnóstico de microcefalia, hipoplasia

del cuerpo calloso con diagnóstico genético de delación patogénica de la reion cromosómico, retardo global del desarrollo, displasia de las caderas en desarrollo, con falta de descubrimiento de las cabezas femorales este Despacho considera que la agenciada no cuenta con otro medio idóneo, por la premura de su necesidad, que le garantice su derecho fundamental a la salud, siendo entonces la acción de tutela el instrumento jurídico principal para resolver sus pretensiones.

Marco Jurídico y jurisprudencial, fondo del asunto.

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia T-336 de 2018.

En varias oportunidades la Corte de cierre constitucional se ha referido las dos facetas del derecho a la salud: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. En cuanto a esta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la Sentencia T-760 de 2008 se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

A fin de garantizar la eficacia del derecho a la salud, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas, el legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

“Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de: (i) sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como (ii) generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; (iii) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; (iv) vigilar que la prestación del servicio de salud a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención; (v) controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos; (vi) asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y (vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores¹.

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no

¹ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos². “

El derecho a la salud se puede vulnerar por omisión o por acción. Ha manifestado la Corte en sentencia que se viene reseñando que: en lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea postpuesto.

En cuanto a los **elementos del derecho fundamental a la salud**, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población;

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad.

“En suma, el derecho a la salud: (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable tanto a nivel individual como colectivo; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; (iv) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad; (v) se rige desde el punto normativo por los principios pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad.”

Caso concreto

Para resolver el caso bajo estudio el Despacho no deberá realizar mayores consideraciones como quiera que los servicios médicos que se pretenden a favor de la accionante se encuentran contemplados dentro de la Resolución 2292 de 2021

² Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

y la EPS accionada no se niega a su prestación, por lo que de contera se concluye que la acción de tutela ha de prosperar.

Dentro del expediente reposa escrito proveniente de Capresoca EPS., en donde se indica que la orden médica, la cual fue emitida por consulta por medicina física y de rehabilitación de la IPS, deprecadas con la interposición de tutela fueron programada para su entrega para el jueves 26 de mayo, adjuntando una posible fecha de valoración para el 19 de mayo de 2022, sin embargo, no aporta al paginario prueba alguna que demuestre que efectivamente el servicio fue prestado a favor de la paciente.

En atención a lo anterior y como quiera que no se ha materializado la prestación del servicio médico requerido, como antes se indicó, se tendrá que acceder al amparo tutelar solicitado.

Es igualmente dable y viable la protección constitucional a través de tutela en el presente asunto, en virtud a que la orden médica fue emitida por un profesional de la medicina desde le pasado 8 de marzo de 2022, aunado que la entidad accionada Capresoca EPS no demostró dentro del trámite de la acción que nos ocupa que la agenciada ya hubiese recibido o garantizado el ortesis de tobillo discriminando en la orden, que requiere para el mejoramiento de su salud y garantizar una vida digna en buenas condiciones o por lo menos que no atente contra su salud y su integridad.

De obrarse de manera contraria a lo ordenado en párrafo anteriores, seria truncar el derecho fundamental al acceso a la seguridad social de la agenciada y por lo tanto vulnerar su derecho fundamental a la salud, además de colocar posiblemente en peligro su vida y su vida en condiciones dignas, situación que no puede permitir un administrador de justicia, cuando esta precisamente en cabeza del Estado, garantizar de manera efectiva el acceso a los servicios de salud, más cuando se trata de patologías complejas y de personas de escasos recursos, como lo es la señora Milena Isabel Pregonero Córdoba, madre de la menor de edad agenciada en este trámite.

No obstante lo anterior, y con relación a la segunda pretensión descrita por la parte actora - cita de control con fisioterapia con resultado y elemento ortesico - este Despacho no emitirá orden al respecto, pues como se indicó en los argumentos allegados por la EPS, esa consulta de control o seguimiento por especialista en fisioterapia será asignada a la menor Laura Estefanía una vez se haya realizado la entrega material de las órtesis, pues precisamente el objetivo de la cita de control con especialista es determinar que los aditamentos ortopédicos entregados a la menor cumplen con el fin para el cual fueron ordenados.

Así todo, no queda más que, conforme a lo expuesto en precedencia, acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda, exceptuando la cita de control con fisioterapia solicitada por lo argumentado en precedencia y desvincular del presente trámite a la Secretaría de Salud del Departamento por carecer de legitimación en la causa por pasiva, tal como se concluye de lo expuesto en precedencia.

En mérito de lo razonado, el suscrito Juez Primero Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo (Casanare), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Primero: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, salud, a la seguridad social, el acceso a los servicios de salud y la vida en condiciones dignas de la menor de edad **LAURA ESTEFANÍA PÉREZ PREGONERO**, conculcados por la **CAPRESOCA EPS**, de conformidad con lo reseñado en las consideraciones de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a Capresoca EPS, para que, a través de su Gerente, señora NURIA YARLEY BOHORQUEZ PEÑA y/o quien haga sus veces para que en el termino **perentorio e improrrogable** de cinco (5) días contados a partir de la notificación y si aun no lo ha hecho, proceda entregar, y de la forma más pronta posible “ortesis de tobillo pie articulada con tope a la planiflexión, en polipropileno, formada bajo molde y talla del paciente, forrado interno caucho espuma, que lleve cuello de pie de 90°, con correas de sujeción en velcro para su uso con calzado convencional para miembro inferior izquierdo y derecho. Total 2, a la acá agenciada Laura Estefanía Pérez Pregonero. Lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

Tercero: NEGAR las demás pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: CONMINAR A CAPRESOCA EPS. para que en lo sucesivo evite incurrir en las prácticas que dieron origen al ejercicio de la presente acción de tutela, especialmente aquellas encaminadas a poner barreras administrativas a sus afiliados para el acceso al servicio de salud.

Quinto: DESVINCULAR DEL PRESENTE TRÁMITE a la **Secretaría de Salud del Departamento**, por carecer de legitimación en la causa por pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

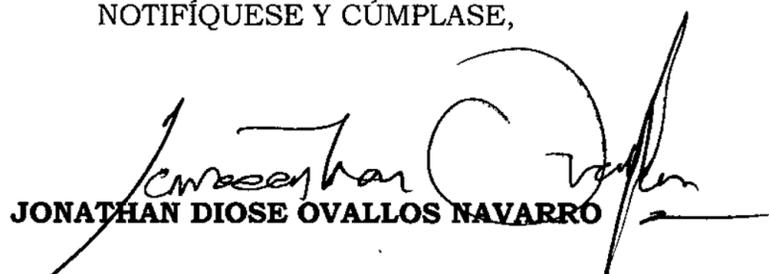
Sexto: Contra la presente providencia procede la impugnación, que deberá ser intentada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta decisión.

Séptimo: Si el fallo no es impugnado, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por Secretaría, procédase de conformidad, notifíquese a las intervinientes del contenido de esta decisión, y cuélguese la misma en el microsítio del juzgado, a fin de facilitar su consulta y garantizar su difusión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Juez,


JONATHAN DIOSE OVALLOS NAVARRO