El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela – Segundo grado

Accionante (s) : Mariela Montoya de Giraldo

Accionada : Nueva EPS SA y Audimec Pereira

Despacho de origen : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-03-005-2021-00129-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 405 de 26-08-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PRESCRIPCIÓN DE AUDÍFONOS POR MÉDICO PARTICULAR / ACEPTACIÓN POR LA EPS / REQUISITOS JURISPRUDENCIALES.**

Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud…

Así también entiende el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia…

Según la CC, el servicio médico requerido por el paciente, en principio, debe ordenarse por médico adscrito a la EPS, sin embargo, su concepto no es exclusivo ni excluyente, por lo tanto, el emitido por uno particular, en ciertos eventos, puede vincular esa entidad…

Debe entonces la EPS, para desligarse del concepto médico, confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, sin lo cual no puede negarse a prestar el servicio de salud…

El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza…

“(…) la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada…”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0274-2021**

***Veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite reseñado, luego de finiquitada la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se explica que la accionante padece hipoacusia y su médico particular le prescribió audífonos bilaterales. Acudió a la EPS para que le suministrara la ayuda técnica y le respondió que debía contar con orden de galeno adscrito a esa entidad; por lo tanto, la instó a solicitar la consulta respectiva (Cuaderno No.1, documento No.03).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La vida en conexión con la salud. Solicita ordenar a la EPS: (i) Suministrar el dispositivo prescrito (Cuaderno No.1, documento No.03).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La jueza,el 01-06-2021, admitió la acción (Cuaderno No.1, documento No.05); el 17-06-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.11); y, el 29-06-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.15). En esta sede, con auto del 24-08-2021, se puso en conocimiento una irregularidad procesal saneable (Cuaderno No.2, documento No.05).

El fallo amparó los derechos y ordenó a la EPS autorizar y practicar valoración médica a la accionante para determinar la pertinencia de la orden particular, y brindar tratamiento integral. Explicó que, pese a su condición de persona de la tercera edad, la accionada no resolvió su petición con el concurso de especialistas y dilató el servicio (Cuaderno No.1, documento No.11).

Impugnó la EPS y cuestionó el tratamiento integral debido a que no fue concebido para garantizar la prestación de asistencias médicas futuras e inciertas. Solicita revocar este aspecto de la orden tutelar (Cuaderno No.1, documento No.14).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional:* La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
   3. *Los presupuestos generales de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa:* Por activa, la actora por estar afiliada a la EPS accionada, en el régimen contributivo[[1]](#footnote-1). En el extremo pasivo, la **(2)** Nueva EPS SA por ser la afiliadora encargada de brindar el servicio de salud (Ley 1751); y, la **(2)** Profesional de Respuesta de la Nueva EPS SA, Regional Risaralda, Zonal Pereira, por responder la petición de la actora (Cuaderno No.1, documento No.10, folios 3-4).

Distinto frente a la Audiomedic Pereira, por carecer de competencia para gestionar y garantizar el servicio de salud. Se adicionará el fallo para declarar la improcedencia.

* + 1. *La inmediatez.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[2]](#footnote-2). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[3]](#footnote-3).

Se satisface, pues la acción se formuló (01-06-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01) veinte (20) días después de expedida la respuesta rebatida (12-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.10, folios 3-4), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4), como razonable.

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[5]](#footnote-5). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, la accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. *El derecho a la salud*:Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[6]](#footnote-6).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, se garantiza a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*; solo excluye los servicios mencionados en su artículo 15, entre ellos los: *“(…)* *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

* 1. *El concepto proferido por un médico particular:* Según la CC[[7]](#footnote-7), el servicio médico requerido por el paciente, en principio, debe ordenarse por médico adscrito a la EPS, sin embargo, su concepto no es exclusivo ni excluyente, por lo tanto, el emitido por uno particular, en ciertos eventos, puede vincular esa entidad. El criterio del médico particular es obligatorio cuando[[8]](#footnote-8):

*(i)* La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

*(ii)*Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

*(iii)* El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

*(iv)*La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como *“tratantes”,*incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Debe entonces la EPS, para desligarse del concepto médico, confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, sin lo cual no puede negarse a prestar el servicio de salud. Criterio compartido por la Sala de Casación Civil de la CSJ[[9]](#footnote-9) y el precedente horizontal de esta Corporación[[10]](#footnote-10)-[[11]](#footnote-11).

* 1. *La protección especial (Tercera edad - Invalidez, etc.)*: El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad, entre otros.

En este caso la promotora es persona de la tercera edad (90 años): *“(…) la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico (…)”*[[12]](#footnote-12) y, en consecuencia, amerita protección especial, según la doctrina de la CC[[13]](#footnote-13):

*... el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a "afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez[[14]](#footnote-14), razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.*

*En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran... (Cursiva extratextual).*

Y, en decisión reciente reiteró aquel razonamiento (2021)[[15]](#footnote-15): *“(…) la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015: “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.” (…)”* (Línea a propósito).

1. **El caso concreto analizado**

A voces de las premisas anotadas y el amparo, junto con las pruebas allegadas, se confirmará la sentencia opugnada, porque la EPS accionada trasgredió los derechos de la accionante.

La entidad desestimó suministrar el dispositivo tecnológico ordenado por su médico particular porque: *“(…) el médico el cual ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la red de prestadores de la EPS (…)”*; en consecuencia, le pidió agotar el conducto regular de la asistencia en salud ante su IPS: (i) Cita médico general; (ii) Remisión a especialista; y, (iii) Valoración de pertinencia de los audífonos, sin parar mientes en los parámetros jurisprudenciales reseñados (Cuaderno No.1, documento No.10, folios 3-4).

Como lo anotó la funcionaria de primera sede, el ruego de la interesada fue incompleto, habida cuenta de que pretirió adjuntar la historia clínica; inconsistencia que, en principio, impedía a la EPS adelantar el trámite administrativo referente a confirmar, descartar o modificar la prescripción médica: “*(…) con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto (…)”[[16]](#footnote-16)*; sin embargo, no era óbice para que exigiera su complementación y, a continuación, agotara la labor que le correspondía.

Sin duda, la accionada prefirió dilatar el servicio, en perjuicio de los derechos de una persona de especial protección que, aparentemente, requiere el aparato auditivo para la funcionalidad de sus habilidades comunicativas y desarrollo normal de sus actividades cotidianas.

Así las cosas, estima esta Sala que ha vulnerado los derechos *iusfundamentales* invocados. Por el hecho de la afiliación y hacer parte del sistema que debe garantizar la salud (Ley 1751), es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegar ningún tipo de exclusión (Art.15). **Inaceptable la obstrucción administrativa referida.**

Respecto al tratamiento integral, encuentra esta Sala que fue atinada la decisión, en consideración a que: (i) La EPS actúo con negligencia y demora (No ordenó que médico especialista confirmara, descartara o modificara la prescripción particular); (ii) Están diagnosticadas las patologías (Cuaderno No.1, documento No.10); (iii) *Hay orden expresa* respecto al suministro de los audífonos; y, (iv) Amerita un trato diferenciado por su edad (90 años).

La continuidad en la prestación de este servicio especial estará condicionada por el resultado de la valoración que el especialista de la EPS realice sobre las órdenes del médico particular. En caso de concluir que es necesario suministrar los audífonos, deberá autorizarlos y entregarlos de inmediato, con cargo a los recursos de la UPC (Art.60, Resolución 2481/2020).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR el fallo proferido el 17-06-2021 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente el amparo contra Audimedic Pereira, por carecer de legitimación.
3. REMITIR este expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. [https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua\_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=C4TNCkxi FpGF+2thv1tq X](https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=C4TNCkxi%20FpGF+2thv1tq%20X)Q==, consultado el 24-08-2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-545 de 2014, T-235 de 2018 y T-508 de 2019, entre muchas. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. STC162-2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 11-08-2016, MP: Grisales H., No.2016-00739-00. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP. ST2-0141-2021. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-013 de 2020, T-015 de 2019 y T-004 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-014 de 2017 y T-004 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-634 de 2008. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-122 de 2021, también puede consultarse la T-224 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-508 de 2019 [↑](#footnote-ref-16)