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 en segunda instancia

Accionante (s) : Isair Suárez

Accionado (s) : Nueva EPS SA

Vinculado (s) : IDIME y otro

Radicación : 66001-31-10-003-2019-00297-01

Temas : Derecho a la salud, viáticos y tratamiento integral

Despacho de origen : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 354 del 05-08-2019

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PRINCIPIOS / LEY 1751 DE 2015 / TRATAMIENTO INTEGRAL.**

Al tenor del artículo 49 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 el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad .

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo. (…)

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”. (Artículo 8, Ley 1751).


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Informó el accionante de 67 años de edad, que en razón a su padecimiento “*H094 HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL UNILATERAL CON AUDICIÓN IRRESTRICTIVA CONTRALATERAL”*, fue valorado en Armenia por el médico tratante Conrado Andrés Jiménez Montealegre quien ordenó *“IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE DISPOSITIVO DE CONDUCCIÓN OSEA (Sic)”*, pero al solicitar su autorización es informado por la EPS que debe ser valorado nuevamente por otro otólogo, doctor Rafael Jaramillo Saffón en Manizales, ante la falta de contrato con el especialista de Armenia. Considera que el reinicio de los trámites administrativos dilata la prestación del servicio (Folio 11, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la salud y la vida en condiciones dignas (Folios 11 vuelto, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende que se ordene: (i) Tutelar los derechos fundamentales invocados; (ii) Ordenar a la Nueva EPS autorizar el procedimiento médico *“IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE DISPOSITIVO DE CONDUCCIÓN OSEA”* en la ciudad de Armenia, Q.; (iii) Suministrar viáticos de desplazamiento con acompañante; y (iv) Prestar la atención integral (Folio 4, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 06-06-2019 se admitió, se vinculó a quienes se consideró pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 12, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 13 a 20, ibídem). El 19-07-2019 se profirió sentencia (Folios 36 a 39, ibídem) y, finalmente, con auto del 02-07-2019 (sic) se concedió la impugnación formulada por la parte accionante (Sin foliatura).

El fallo opugnado negó el amparo al considerar inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados porque las entidades accionadas en momento alguno negaron las asistencias médicas dispuestas por el galeno (Folios 36 a 39, ib.).

Por su parte, el accionante adujo que es cierto que la entidad accionada no le ha negado la atención médica porque siempre ha sido diligente en su prestación, mas su inconformidad se centra en que: (i) la EPS sin justificación alguna, no el médico tratante, modificara la orden para la práctica del procedimiento *“IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE DISPOSITIVO DE CONDUCCIÓN OSEA (Sic)”* con destino a la ciudad de Manizales en donde aquel no presta sus servicios; (ii) nuevamente le incumba iniciar los trámites para la atención médica; y, (iii) la dilación injustificada en su materialización le impone barreras administrativas, tales como: *“(…) las autorizaciones tienen una vigencia y están vencidas o próximas a vencerse”*, que no está obligado a asumir (Folios 45 a 47, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que se abstuvo de tutelar los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa, se cumple porque el señor Isair Suárez está afiliado al régimen contributivo en salud, por intermedio de la Nueva EPS (Folio 21, ib.). Por pasiva, la Nueva EPS porque es la encargada de brindar el servicio de salud al actor y se le atribuye su retraso (Folio.11, ib.).

Los demás vinculados carecen de legitimación puesto que carecen de competencia para autorizar la prestación médica, de tal suerte, que es improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

La jurisprudencia tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer del fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales.

Este último supuesto está satisfecho, pues la acción se presentó dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1); la órden médica para el procedimiento data del 18-03-2019 (Folio 5, ib.) y la tutela se radicó el 06-06-2019 (Folio 1, ib.).

Respecto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[2]](#footnote-2). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[3]](#footnote-3): (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

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

* 1. El derecho a la salud como fundamental

Al tenor del artículo 49 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 el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

* 1. Las exclusiones en el tratamiento al usuario

También debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud debe garantizarse 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 (…)”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone: *“(…) 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 tratamiento integral para el usuario

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”.* (Artículo 8, Ley 1751).

Y sobre ella, la Máxima Magistratura Constitucional, ha dicho[[5]](#footnote-5): *“(…) En lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior se desprende que 'la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna (…)”.*

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con la aludida normativa y jurisprudencia, considera esta Sala que habrá de revocarse la sentencia de primera instancia venida en impugnación, en virtud a que hay agravio de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

Aparece acreditado en el plenario que el médico especializado, como plan de manejo al padecimiento actual del actor “*H094 HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL UNILATERAL CON AUDICIÓN IRRESTRICTIVA CONTRALATERAL”,* ordenó el procedimiento *“IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE DISPOSITIVO DE CONDICIÓN OSEA”* (Folio 5, cuaderno No.1), autorizado y remitido por la EPS al Hospital de Caldas –SES- (Folio 3, cuaderno No.1), aun cuando la asistencia médica es prestada por el otólogo y neurólogo Carlos Andrés Jiménez Montealegre, en Armenia.

Allí la Auxiliar de Servicio al Cliente – Quirófano, le informó que: *“(…) debe de solicitar con su entidad (…) una autorización para consulta por otología con el Dr. Rafael Jaramillo Saffon (Sic) ya que el especialista inicial que esta (Sic) ordenando no labora con nosotros y el Dr. Saffon no ve (Sic) consulta en el hospital de caldas y debe ser valorado por el (Sic) en el consultorio para poder realizar una cirugía aquí (…)”* (Folio 10, ib.).

Así que, la Entidad Promotora de Salud al haber aprobado la prestación del servicio con destino a otro profesional en la ciudad de Manizales, distinto al médico tratante, impidió al accionante el acceso efectivo a la salud porque aquello provocó que se le deban realizar nuevas valoraciones y exámenes, ya practicados, que en últimas, retrasan su tratamiento y afectan notablemente la condición auditiva.

Ya la Alta Magistratura Constitucional[[6]](#footnote-6) en variadas oportunidades ha sostenido que: *“(…) la demora injustificada (…) “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”*

Aunado a la mora, se colige que también se desconoció la idoneidad del concepto del médico tratante considerado por la CC[[7]](#footnote-7) como aquel que: *“(…) en el Sistema de Salud, (…) tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio”*.

Aquello, habida cuenta de que la Sala ignora los argumentos de índole médico o científico que tuvo para desechar la asistencia en Armenia, puesto que en momento alguno controvirtió las afirmaciones del actor en cuanto a que la asistencia médica debe ser por parte del otólogo Conrado Andrés Jiménez Montealegre, quien se la presta desde hace ya varios años, y tampoco puso de presente incidencias contractuales que le implicaran brindar el servicio por intermedio de un galeno diferente; ninguna prueba arrimó y solo se limitó a alegar que: *“(…) como ente asegurador hemos desplegado todas las gestiones tendientes a garantizar servicios de salud”* (Folio 21, ib.).

Bajo estas circunstancias, como la prestación del servicio no puede estar supeditada al agotamiento de trámites administrativos, menos a restricciones de cualquier otra índole, se advierte manifiesta la vulneración de su derecho a la salud (Artículos 3º y 15, Ley 1751). Corolario, la asignación injustificada de la práctica del procedimiento a otro galeno especialista repercutió en la dilación de la prestación del servicio y ello afecta el derecho a la salud del actor.

Ahora bien, respecto al suministro de transporte y viáticos, se tiene que el acervo probatorio carece de documental que acredite que: *“(…) (i) la no prestación del servicio de transporte [debe poner] en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario (…)”,* y que en la actualidad: *“(…) (ii) ni [el peticionario] ni sus familiares cercanos [deben contar] con los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado”[[8]](#footnote-8) (…)”*; por el contrario, se colige que cuenta con capacidad económica para costearlos dado que lo viene realizado desde hace cuatro (4) años, sin inconveniente alguno (Folio 4, ib.), por tanto, se denegará esta pretensión.

Finalmente, en cuanto la atención integral, encuentra esta Sala que deberá negarse, porque están incumplidos, tanto los presupuestos de la jurisprudencia constitucional[[9]](#footnote-9), como los de la Ley estatutaria de la salud (Artículo 8º, Ley 1751).

Debe resaltarse que el actor no es una persona de especial protección constitucional ni se encuentra en estado de debilidad manifiesta; tampoco existe negación en la prestación del servicio, pese haber sido autorizado con otro especialista diferente al tratante.

La concesión de este pedimento demanda la comprobación de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional, a saber[[10]](#footnote-10): *“(…) se ha considerado que el suministro del tratamiento integral a través del amparo constitucional se debe sujetar: (i) a que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y (ii) a que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesite el paciente.”* (Sublínea de esta Sala),

En ese orden de idas, aun cuando pueda inferirse que requerirá de asistencia en salud posterior al procedimiento, no puede olvidarse que se desconocen cuáles serán los servicios necesarios para su recuperación, y en cualquier caso, tal como lo reconoce el actor, la EPS sí le ha garantizado el servicio de salud.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. REVOCAR la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Pereira proferida el 19-07-2019.
2. CONCEDER el amparo del derecho a la salud del señor Isair Suárez contra la Nueva EPS.
3. ORDENAR, en consecuencia, a la doctora María Lorena Serna Montoya, Gerente Regional de la Nueva EPS, o a quien haga sus veces, que en el interregno de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice la practica del procedimiento *“209604 – IMPLANTACIÓN O SUSTITUCIÓN DE DISPOSITIVO DE CONDUCCIÓN ÓSEA”* al señor Isair Suárez con el otólogo y neurólogo Carlos Andrés Jiménez Montealegre.
4. NEGAR el suministro de transporte, viáticos y tratamiento integral.
5. DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo frente a IDIME, Clínica la Sagrada Familia –Comfenalco- Quindío y el Hospital de Caldas SES, por carecer de legitimación.
6. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
7. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

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

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

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

1. CC. SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [T-162 y 034 de 2010](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-059-18.rtf) y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 y034 de 2010, T-180 de 2009 y T-989 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-405 de 2017 y T-081 de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-062 de 2006, en igual sentido la T-096 de 2016 y la 020 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998 y T-428 de 1998, T-057 de 2013, reiteradas en la T-387 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-345 de 2013. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T -033 de 2013, T-433 de 2014, T-644 de 2015, T-148 de 2016 y T-178 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-445 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-081 de 2019. [↑](#footnote-ref-10)