



Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA.

REF.: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 005-2022-00176-00

ACCIONANTE: KAREN MILEIDY CRUZ MARTINEZ como agente oficioso de JOSE PASTOR CRUZ

ACCIONADAS: FAMISANAR S.A.S. Y AUDIOCOM IPS S.A.S

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES.

Indica el agente oficioso que su señor padre es un adulto mayor de setenta (70) años y se encuentra afiliado en la entidad promotora de salud Famisanar S.A.S. en calidad de beneficiario.

Que por valoración con Otorrinolaringología se le ordenó al actor “*LOGO AUDIOMETRÍA Y AUDIOMETRÍA DE TONOS PUROS AÉREOS Y ÓSEOS CONENMASCARAMIENTO (AUDIOMETRÍA TOTAL)*”, exámenes que determinaron una pérdida auditiva avanzada “*HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL SIMETRICA DE GRADO MODERADA A PROFUNDA*” y surgiere la adaptación bilateral de audífonos los cuales deben ser ordenados por el especialista Otorrinolaringología.

Alude que el veintitrés (23) de diciembre de (2021) el especialista le ordenó la entrega de unos audífonos “*EVALUACION Y ADAPTACION DE PROTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS*”.

Que autorizada la orden médica referida en las oficinas de la E.P.S., convocada, dicha autorización fue asignada en la I.P.S. Audiocom S.A.S, para la entrega de las ayudas auditivas quien le asignó cita al actor para el ocho (8) de febrero de 2022.

Así mismo, exteriorizó que, debido a la demora de la IPS para la medición de las ayudas auditivas, radicó ante la Superintendencia Nacional de Salud queja; Quienes le informaron que se llevara a cabo las actividades de inspección y vigilancia sobre el incumplimiento de los derechos en salud.

El ocho (8) de febrero de 2022, la IPS accionada les indicó acerca de la imposibilidad de realizar el procedimiento de medición de las prótesis de ayuda auditiva debido a la existencia de “*TAPON DE CERUMUN TOTAL EN OIDO DERECHO QUE NO PERMITE LA REALIZACION DEL PROCEDIMIENTO*”, por tanto solicitó cita con medicina general en donde el galeno les indicó sobre la inexistencia de dicho tapón de cerumen y se rehusó a ordenar el procedimiento de lavado de oídos “*SE REFORMULA ASA, ATORVASTINA CONTROL EN 3 MESES POR AHORA NO REQUIERE LAVADO DE OIDO*” situación que ha impedido la entrega de las ayudas auditivas ordenas por el médico tratante.

Finalmente, esbozó que teniendo en cuenta las novedades presentadas pidió nuevamente cita con la IPS Audicom y que una vez realizados los procedimientos de medición y las validaciones por parte del centro de salud, se les manifestó de una segunda opinión con la E.P.S encartada escenario que ha impedido la entrega de las ayudas auditivas ordenadas.

II. LA PETICIÓN.

2.1 Que se tutele los derechos invocados y vulnerados por las accionadas y se les ordene “*la entrega de las ADAPTACIONES DE PROTESIS Y AYUDA AUDITIVAS de ambos oídos (BILATERALES) en menor tiempo posible*”.

III. SINTESIS PROCESAL.

3.1. Mediante proveído adiado el tres (3) de marzo del año avante (consecutivo 04 del expediente digital), se admitió la acción y se ordenó notificar a las accionadas y vinculadas, otorgándoseles un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

3.2. Famisanar EPS y Audiocom IPS S.A.S, junto con las entidades vinculadas fueron notificadas de la presente acción constitucional mediante correo electrónico, el tres (3) de marzo del 2022. (documentos digitales 05 y 06 del dossier digital)

3.3. Respuesta de la accionada y vinculadas.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.

Por intermedio de apoderada judicial el Ministerio manifestó que respecto los hechos no le consta nada de los dichos por la parte accionante y por tanto dicha cartera Ministerial no tiene dentro sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, ni la inspección y vigilancia y control del sistema de salud, solo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Así mismo el Ministerio apuntó que no es el responsable de la prestación de servicios de salud, precisando que respecto al acceso a las

tecnologías y servicios en salud el insumo denominado “ADAPTACION DE PROTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS”, se encuentra incluido en la Resolución 2292 de 2021 “*por el cual se actualiza y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de pago por Capitalización (UPC)*”; Por ello la obligación en el prestación del servicio recae exclusivamente sobre EPS, pidiendo así la falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante y, en consecuencia, solicitó se vincule al ADRES y se exonere a la cartera Ministerial en salud del presente amparo.

EPS FAMISANAR S.A.S.

Dentro del término otorgado para la contestación la EPS convocada señaló las acciones desplegadas por parte de la entidad para el caso concreto indicando: “*me permito informar que se aprueba audífono con proveedor Audiocom, se asignó cita para toma de molde el día 08/02/2022 a las 8+20 am en las instalaciones de la IPS AUDIOCOM en su sede principal Bogotá, dirección Carrera 1 4 # 76, se contactó al paciente para darle la respectiva indicación e información*” (...)

En cuanto a la prestación del servicio manifestó que ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido la paciente y, en cuanto a la solicitud de la accionante aludió que la responsabilidad subjetiva del cumplimiento cabal y oportuno es compartida y no atañe única y exclusivamente a esta entidad, sino que también a las Instituciones Prestadoras de Salud), actores diferentes y ajenos a esta Entidad y a donde se encuentra dirigido el servicio autorizado, por ello, solicita se deniegue y declare la carencia de objeto en el atendido que la situación de hecho que motivo la acción de tutela no ha existido y la misma se torna improcedente.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

A través de la Oficina Jurídica la entidad manifestó que de acuerdo a la normatividad vigente es función de la EPS y no del ADRES la prestación de los servicios en salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una entidad promotora de salud situación que abarca una falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia solicitó su desvinculación de la acción constitucional.

Adicionalmente, pidió “*NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación*”.

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD.

Por su parte la secretaria informó que consultada la base de datos del BDUA- ADRES y en el comprobador de derechos de la Secretaria Distrital de Salud, se evidenció que el señor José Pastor Cruz Martínez se encuentra afiliado en el régimen contributivo en estado activo como beneficiario de la entidad accionada desde el primero (1) de mayo de 2021.

Indicó que respecto al diagnóstico del accionante si bien la colocación del audifono no reúne las características de una urgencia vital para el actor, si resulta ser un aparato que requiere de manera inmediata a fin de logra un adecuado desenvolvimiento persona, la integración social que pretende la Carta y el mecanismo necesario para realizar sus actividades normales como ciudadano.

Por ultimo señaló que la pretensión del presente amparo el procedimiento solicitado se encuentra incluido en el plan de beneficios y por ende deben ser autorizado de forma inmediata por la Eps Famisanar en la IPS tratante, como quiera la secretaria no es una entidad prestadora de salud de acuerdo a lo establecido en el Art 31 de la ley 1122 de 2007 pidió su falta de legitimación en la causa por pasiva y se le desvincule del presente tramite.

CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO.

La caja de compensación en su contestación manifestó que es una corporación de Derecho Privado sin ánimo de lucro, que para el caso de la vinculación destacó que en calidad de IPS interviene en el marco del sistema de seguridad social.

De igual forma adujo que revisado las evidencias clínicas del registro clínico, que los exámenes y controles ordenados fueron atendidos por parte de la IPS y sus profesionales bajo los parámetros de una atención adecuada, multidisciplinaria e integral de acuerdo a su nivel de complejidad habilitado dentro del sistema de salud, sin negación de prestación alguna.

Que de conformidad con lo expuesto no existe legitimación por pasiva en cabeza de IPS solicitando se declare la improcedencia de la presente acción.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Dentro de la oportunidad otorgada para la contestación el Subdirector adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Súper, solicitó se le desvincule y se declare la inexistencia de nexo de causalidad como la falta de legitimación en la casa por pasiva.

Lo anterior con ocasión a que el derecho solo se viola o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones y la situación materia de amparo judicial, situación que no se ha presentado entre el accionante y la entidad vinculada.

También comunicó, que la Superintendencia Nacional de Salud no es el superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud ni de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud; esta entidad ejerce funciones de Inspección, Vigilancia y Control, y efectúa las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de las vigiladas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo.

AUDIOCOM IPS

La sociedad adujo que no ha vulnerado, ni ha amenazado derecho fundamental alguno del actor y que su actuar se debe al marco de sus competencias, así mismo señaló que no existe actuación u omisión atribuible a la IPS puesto que las competencias para la entrega de las ayudas auditivas recaen sobre la entidad asegurada de la parte accionante.

En último lugar indicó que en el marco de sus funciones provee los dispositivos médicos a los afiliados de Famisanar EPS, de acuerdo a las autorizaciones emitidas por la EPS, en el marco de la relación contractual que tiene con la sociedad, que para el presente caso no ha sucedido por ello solicitó declarar la improcedencia de la acción.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1.1 LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación.

Esta acción sólo 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. Por consiguiente, esta protección debe ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

4.1.2. Ahora bien, la salud fue consagrada como concepto que goza de una doble connotación, entendido como derecho fundamental y servicio público al mismo tiempo. La norma concerniente, el artículo 49 de la Carta, atribuye al Estado la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, mientras que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que le integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

4.1.3. Por otra parte, en el sistema integral de salud existe un principio de continuidad del servicio, frente al particular la Corte Constitucional en sentencia T-804 de 2013 señaló:

“Esta Corte, a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima, ha erigido la continuidad en la prestación del servicio como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud, que deviene quebrantado por la interrupción o intermitencia que genere o aumente el riesgo contra la calidad de vida.

De esta manera, la Corte ha resaltado la importancia de asegurar una constante y permanente prestación de los servicios de salud, según corresponda, con el fin de ofrecer a las personas “la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos

o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades”¹ .(Subraya fuera de texto)

En la sentencia T-1198 de diciembre 5 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fueron indicados los criterios que deben observarse para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, así:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene[n] a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”(Subraya fuera de texto)

4.2.- CASO CONCRETO.

4.2.1. El problema jurídico se concreta en determinar si la conducta asumida por la E.P.S accionada con la omisión en la autorización y consecuente entrega del insumo médico ordenado al accionante, es vulneradora de sus derechos fundamentales a la salud y los derivados de aquel, y si su protección es susceptible de ser concedida a través de este mecanismo excepcional.

Observado lo anterior, al señor Cruz Martínez le fue ordenado en consulta con el especialista, *“EVALUACIÓN Y ADAPTACIÓN DE PRÓTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS (SS AUDIFONOS BILATERAL) (0001)”* (consecutivo 02 pág. 19 del dossier digital), por haberse diagnosticado con *“HIPOACUSIA BILATERAL PROGRESIVA”*

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que: *“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*² (subrayado por el Juzgado).

También la Corte ha indicado que, el **principio de integralidad** no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables, sino que es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere, a fin de que le presten el servicio de salud ordenado por aquél de manera completa sin que tenga que acudir a éstas acciones para pedir el servicio de salud ya autorizado.

¹ T-576 de junio 5 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Sentencia T-1059 de 2006, M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández

Cabe resaltar que es obligación de las EPS garantizar el acceso de los pacientes a las instituciones de salud, y al respecto el Ministerio de la Protección Social en Resolución No. 5261 de 1994 se ha pronunciado de la siguiente manera: “*ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. (...) Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.*”, dicho deber no se limita a autorizar medicamentos y procedimientos, sino que también se debe enfatizar en la obligación que tienen estas de salvaguardar el derecho a la vida y a la salud, adoptando los mecanismos indispensables e idóneos a velar por el tratamiento integral del paciente, en integridad de las nociones de equidad, igualdad, eficiencia entre otros.

Expuesto lo anterior, se cumple entonces el presupuesto establecido por la ley para que se proporcione al accionante el servicio en salud, esto es, que exista la prescripción del profesional médico, y que debe ser garantizado de manera inmediata por Famisanar EPS, toda vez que fue debidamente ordenado; teniendo en cuenta además que su calidad de vida e integridad se encuentra en detrimento por su actual padecimiento, y en ese sentido debe asegurársele todo lo que requiera para su atención a fin de evitar un mayor perjuicio.

Igualmente es de resaltarse que el insumo denominado “*ADAPTACION DE PROTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS*”, según lo aducido por la Secretaría de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra incluido en el acceso a las tecnologías y servicios en salud.

4.2.2. Siguiendo con el estudio de la causa puesta en consideración del Juzgado se tiene que José Pastor Cruz Martínez se encuentra afiliado al SGSS en el régimen contributivo como beneficiario, a través de Famisanar EPS, entidad a la que le corresponde autorizar el insumo prescrito por los médicos tratantes, para la atención de las patologías que aquejan al accionante, sin interponer trámites de tipo administrativo que mermen el acceso a la atención en salud, y vulneren con ello sus derechos fundamentales.

Así mismo, se ordenó a su favor el suministro de “*EVALUACIÓN Y ADAPTACIÓN DE PRÓTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS (SS AUDIFONOS BILATERAL) (0001)*”, el cual no le ha sido autorizado y se encuentra a la espera de efectuarse por parte de la EPS.

4.2.3. En el trámite de la tutela, la accionada manifestó que el procedimiento se encuentra en etapa de asignación de cita para toma de molde con la IPS habilitada para ello, garantizando la prestación del servicio en salud.

Empero, tal manifestación no pone en evidencia que a pesar que se asignó la cita para la toma de molde del insumo solicitado, los trámites para la entrega del insumo en comento, la misma no se ha materializado, por lo que se impone la concesión del amparo en aras de garantizar el pleno goce del derecho a la salud y conexos que le asisten al ciudadano Cruz Martínez, teniendo en cuenta además que se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Téngase en cuenta en este punto, que no basta la simple autorización de los servicios prescritos, sino que las entidades promotoras de salud deben garantizar a través de las IPS adscritas a su red de prestadores, su efectiva prestación y con ello, la materialización de los derechos de que son titulares los usuarios del Sistema de Salud.

Por lo anterior, se cumple entonces el presupuesto establecido por la ley para que se proporcione al paciente el servicio solicitado, esto es, que exista la prescripción del profesional médico, siendo entonces obligación de la accionada autorizarlo y entregarlo oportunamente independientemente que se encuentre incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud.

En suma, se impone finiquitar que se han visto quebrantados los derechos fundamentales reclamados vulnerados del accionante, como quiera que se debe garantizar lo necesario para el tratamiento de su condición médica y a fin de que no se cause un perjuicio irremediable, en tanto que se trata de un paciente que como afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y ante el padecimiento que lo aqueja goza de especial protección constitucional, y que requiere de manera urgente el insumo ordenado para tratar su patología, por lo que deberá ampararse de la misma forma.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales aquí invocados, del señor José Pastor Cruz Martínez, identificado con C.C. 410713 contra Famisanar E.P.S. conforme a lo establecido en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: Ordenar a Famisanar E.P.S., que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo autorice y entregue en la forma prescrita por el médico tratante el insumo “*EVALUACIÓN Y ADAPTACIÓN DE PRÓTESIS Y AYUDAS AUDITIVAS (SS AUDIFONOS BILATERAL)* (0001)” (consecutivo 02 pág. 19 del dossier digital).

TERCERO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente en forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 de 13 de julio de 2020, a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO

JUEZ