



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., Trece (13) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41890-39-2020-00017-00.
ACCIONANTE: JEANET PATRICIA PELÁEZ RAMOS
ACCIONADA: COMPENSAR EPS

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

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se expone como fundamentos de la tutela, en síntesis, que se desempeña como FISCAL DELEGADA ANTES JUECES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, desde el 10 de agosto de 1992, cumpliendo las funciones propias del cargo dentro de las cuales se destacan las audiencias y demás labores operativas, siendo afiliada a la EPS COMPENSAR desde el 1 de diciembre de 1995 y al PLAN COMPLEMENTARIO desde el 1 de marzo del 2000.

Que debido a la enfermedad que padece perdió total audición en el oído derecho y el izquierdo con una sordera severa del más del 75%; por lo que se le realizó implante coclear en la clínica Santa Fe por orden de TUTELA en el año 2005, en vista de los problemas técnicos que presentaba el dispositivo médico, procedió a solicitar revisión de componentes el 26 de julio de 2019, por parte de la firma COCHLEAR fabricante del equipó que tiene implantado, quien en concepto técnico a través de fonoaudiología especialista en audiología Patricia Fetecua Garzon certifica el daño e indica que se requiere de manera expresa la “actualización de tecnología Nucleus 7”.

Lo anterior se informó a COMPENSAR EPS, quien remitió para una nueva valoración a la firma MEDIGLOBAL, al inferir que la firma COCHLEAR no es su red de servicios, quien realiza la respectiva revisión y comparte el concepto respecto del estado del audífono externo, el cual requiere cambio y, así mismo, indica “actualización de implante coclear oído derecho tecnología disponible”, empero Compensar únicamente accedió a entregar el equipo del modelo NUCLEUS 6 y, no en 7 que: “...es el único equipo del mercado que permite que el IMPLANTE COCLEAR y AUDÍFONO QUE TENGO EN EL OTRO OÍDO se sincronicen para trabajar como uno solo, con la demás atribuciones en la calidad y discriminación de los sonidos en conversaciones, para permitir que mis labores de trabajo se puedan realizar en debida forma y en concordancia con la responsabilidad que me asiste...”.

Agrega que, en el fallo de tutela 05-4164 proferido en el año 2005 por parte del Juzgado Veinticuatro CIVIL MUNICIPAL de la ciudad de Bogotá, se ordenó de manera expresa la cirugía y el mantenimiento con “ULTIMA TECNOLOGÍA”, en decir, que dicho mantenimiento implica la actualización del dispositivo.

2. La Petición

Solicitó se ampare los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales afirma están siendo violados por la accionada y, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada: *“La reposición del implante coclear externo, por un modelo NUCLEUS 7, que incluya los accesorios, baterías recargables y demás elementos de última tecnología que lo componen para cumplir mis labores de trabajo en debida forma sin más dilaciones; así como su mantenimiento predictivo y correctivo que corresponda ”*

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la entidad accionada y a las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados.

La accionada **COMPENSAR EPS** expone que: “...ha prestado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho como afiliada al Plan de Beneficios de salud y al plan complementario de acuerdo con las coberturas que por ley y contractualmente se encuentran indicadas y autorizadas.”.

Y, en punto de la actualización del implante coclear Nucleus 7 expone no es posible realizarse teniendo en cuenta que no reporta ordenamiento medico de un profesional adscrito a la red, al paso que tiene implantado el Nucleus 5 y lo establecido es pasar al 6 y no saltar al 7 como lo pretende, lo cual fue evaluado al interior de la organización con el proveedor autorizado “MEDIHUMANA-MEDIGLOBAL” autorizándose actualización de tecnología de implante coclear a la siguiente tecnología que es nucleus 6.

Pone de presente que las mejoras entre Nucleus 6 al 7 son de tipo suntuario, pues este último permite conexión a dispositivos Apple disfrutando los beneficios que ello conlleva, más no afecta la calidad de la escucha, reiterando que no existe orden médica al respecto.

A su turno, la **SUPERSALUD** y **ADRES**, solicitaron su desvinculación de toda responsabilidad, por razón que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a su conducta.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción 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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se han vulnerado o no, los derechos fundamentales a la salud, y a la vida digna de la accionante JEANET PATRICIA PELÁEZ RAMOS por parte de la EPS convocada -COMPENSAR EPS- al negarle el remplazo del implante denominado Nucleus 5 al Nucleus 7.

Del Derecho a la Salud

Frente al tema, la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2° establece el derecho a la salud como fundamental y el art.10° señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-081 de 2016 señaló:

“Por medio de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015, en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad (...)

De la Subsidiariedad.

El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de: *“conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”* los asuntos en los que exista conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios.

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 adicionó tres literales y modificó el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con lo que se amplió el número de asuntos que puede conocer la Superintendencia Nacional de Salud dentro de su función jurisdiccional. Adicionalmente, el artículo consagró que el procedimiento dispuesto es preferente y sumario y que deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. De esta manera, los asuntos que actualmente pueden ser sometidos a consideración de la entidad son los siguientes:

“a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;”

“b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad,

negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;”

“c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;”

“f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Sobre la temática el máximo órgano de cierre de la especialidad constitucional ha indicado que:

*“Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de dichas atribuciones. En particular, la Sentencia C-119 de 2008[52] estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, “(...) **en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria**, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente.”*

*“De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) **el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones EPS-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo**”¹.*

A lo anterior agregó:

*“El juez constitucional **-para cada caso concreto-** debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección”².*

Caso Concreto

¹ Corte Constitucional Sentencia T-235 de 2018

² ibidem

En primer lugar, observa el Despacho que en el caso objeto de estudio existe una controversia en torno a la actualización del implante coclear denominado Nucleus 5 por el Nucleus 7, que podría ser resuelta por la **Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con la competencia asignada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.**

Y, acogiéndose a los criterios jurisprudenciales antes enunciados, no se advierte que en el presente asunto, se ven involucrados los derechos de una persona de especial protección, adulto mayor, ni mucho menos se encuentra ante la inminencia de sufrir un **perjuicio irremediable** a causa de la dificultad para acceder al implante que reclama la quejosa.

En este orden de ideas, es claro que no se trata de un sujeto de especial protección constitucional, lo cual no evidencia una situación de vulnerabilidad que haga necesaria **la intervención del juez constitucional**, pues, se insiste, dadas las especiales particularidades del caso, se debe acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que analice el tema.

Lo anterior máxime si analizado el material probatorio allegado a la actuación no milita concepto médico alguno que indique que la salud de la señora JEANET PATRICIA PELÁEZ RAMOS se vea afectada por la no autorización del implante denominado Nucleus 6 al Nucleos 7, es decir, no se acredita que dicha circunstancia conlleve a la vulneración de los derechos fundamentales reclamados, que implique el análisis en sede de tutela. Y es que, destáquese que la EPS accionada le ha venido suministrando a la actora la prestación del procedimiento médico que requiere, sin que en dicho acontecer se observe negación y/o dilación alguna para el servicio en salud requerido, pues resulta evidente que se ha autorizado la actualización del aparato implantado a la accionante Nucleus 5 a la siguiente versión Nucleus 6, pese a que no sea la que reclama la accionante.

Así las cosas, al no evidenciarse la vulneración de los derechos fundamentales de la actora y, existir otra entidad, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud quien resuelva sobre la pertinencia del aparato requerido, se negará el amparo deprecado.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por el **JEANET PATRICIA PELÁEZ RAMOS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

TERCERO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Ofíciense. Déjense las constancias del caso.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41890-39-2020-00017-00

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

**-ORIGINAL FIRMADO-
CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ**