



**JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de 2020.

Tutela Radicación: 110013335017 2020-00204-00
Accionante: Hernando Flórez Garzón y María Benilda Gómez ¹
Accionado: Nueva EPS S.A.²
Derecho de petición y salud

Sentencia N°77

No encontrando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia teniendo en cuenta las siguientes

I. Antecedentes

Solicitud.

El 23 de julio de 2020, el señor Hernando Flórez Garzón actuando en nombre propio y en nombre de su esposa la señora María Benilda Gómez instauró acción de tutela en contra de la Nueva EPS por estimar vulnerado su derecho fundamental de petición y salud.

El tutelante pretende, que por intermedio de la presente acción, se le haga la entrega a su esposa y a él de los medicamentos formulados (acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsula TRALEX) ordenados por el médico tratante los cuales no han sido entregados desde el 23 de abril de 2020 los cuales fueron formulados para el dolor que causa la enfermedad de osteoporosis.

El accionante manifiesta que el médico tratante que los atiende a su esposa y a él en la EPS hace más de cuatro años le receta el medicamento para (acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas TRALEX) para el dolor que les causa la enfermedad de osteoporosis y poliartritis, no especificada.

Indica que la última vez que les entregaron los medicamentos en mención fue el día 23 de marzo de 2020, la otra entrega estaba programada para el día 23 de abril de 2020, la cual no realizaron en la farmacia en D4 39 SF Colsubsidio Fusagasugá, los trabajadores de la farmacia indican que la Nueva EPS dejó el convenio con el laboratorio que realizaba el medicamento pero no les dan ninguna solución.

¹ Notificaciones accionante: fercho210979@yahoo.com teléfono 312-3774160

²Notificaciones entidad accionada: secretaria.general@nuevaeps.com.co

El tutelante señala que al no recibir los medicamentos por casi tres meses ha repercutido en su estado de salud y ha hecho que su dolor aumente en las articulaciones y huesos.

El día 16 de junio de 2020 radicaron una queja ante la NUEVA EPS, bajo los números de radicación 1270654 y 1270652 hasta el momento no han obtenido respuesta.

Contestación de la Nueva EPS

Dentro del término establecido en el auto admisorio, la entidad accionada señala que la NUEVA EPS, asumió todos los servicios médicos que ha requerido la señora María Belinda Gómez, en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS.

Enfatiza que la NUEVA EPS no presta el servicio de salud directamente, sino a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, las cuales son avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo; dichas IPS programan y solicitan autorización para la realización de citas, cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo con sus agendas y disponibilidad.

Indica que una vez revisada la base de afiliados de la NUEVA EPS, se estableció que MARIA BENILDA GOMEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 20190050 se encuentra en estado activo en el régimen contributivo.

Por otra parte, manifiesta que la NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental del accionante, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro o menos cabe sus derechos, todo lo contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de seguridad social en salud.

Manifiesta que en caso de accederse al amparo de tutela, se le reconozca el derecho a repetir contra la administradora de recursos del sistema de seguridad social en salud (adres), por en 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la entidad.

Finalmente, la NUEVA EPS guardo silencio sobre los hechos respecto al señor Hernando Flórez Garzón.

II. Consideraciones

Competencia Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud se encuentran dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1° del Decreto 1382 de 2000 Y 1983 de 2017.

Legitimación por activa. La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.³

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por el señor Hernando Flórez Garzón en nombre propio y en representación de su esposa María Benilda Gómez ciudadano en ejercicio legitimado para presentar la acción en procura de la defensa de su derecho fundamental de petición y de salud.

Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el presente caso, se encuentra debidamente legitimada la NUEVA EPS, a la cual se encuentran afiliados los actores y como aparece en formulas médicas.

Requisitos generales de la procedibilidad de la tutela

Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tomaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

En el caso analizado los señores Hernando Flórez Garzón y la señora María Benilda Gómez desde el 23 de abril de 2020 no reciben los medicamentos formulados por su médico tratante los cuales fueron formulados para el dolor que causa la enfermedad de osteoporosis, medicamento que se encuentra incluido en el plan de beneficios de salud.

De otra parte, interpusieron queja el día 16 de junio de 2020 ante la EPS, la que no ha sido contestada. Se interpone la acción de tutela el día 23 de julio de 2020, lapso prudente y razonable respecto a hecho y la conducta de la entidad que causa la vulneración de sus derechos fundamentales, máxime cuando la afectación del derecho fundamental se prolonga en el tiempo puesto que el derecho fundamental solamente es protegido hasta cuando la entidad conteste la solicitud.⁴

³ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

⁴ La jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló: “El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos

Subsidiariedad: En relación con el derecho de petición la Corte Constitucional ha estimado que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente, de modo que quien resulte afectado por la vulneración de este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no ocurrió, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional.

En cuanto a la entrega de medicamentos, la acción de tutela es el mecanismo idóneo por la condición de salud de los accionantes aunado a ser sujetos de especial protección

Problema jurídico Corresponde establecer si se desconocen los derechos fundamentales a la salud y petición de los accionantes como consecuencia de la falta de entrega del medicamento ordenado por el médico tratante en la ciudad en donde reside por parte de la EPS y con ocasión a la queja presentada por el mismo hecho la cual no ha sido contestada.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos propuestos, (i) jurisprudencia relevante sobre el derecho a la salud; (ii) explicará la obligación de proceder al suministro de medicamentos en forma oportuna y eficiente; (iii) abordará la solución del caso concreto.

Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia⁵

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación ha señalado que *“el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”*.

Actualmente, la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho (artículo 2º). Al respecto, en la sentencia C-313 de 2014 se explicó que *“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las*

fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”(Resaltado por el Despacho

⁵ Corte constitucional. Sentencia T-178 de 2017

actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad o adultos mayores, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, 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”*, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.⁶

En virtud de ello, la 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 adultos mayores, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

Honorable Corte Constitucional ha señalado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*.⁷

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Igualmente, ha considerado la Corte que la tutela es procedente en los casos en que *“(a) se niegue, sin justificación médico-científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”*⁸.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de los adultos mayores, este

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) y Constitución Política, artículo 46.

⁷ Corte Constitucional, ver, entre otras, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-746 del 19 de octubre de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

Del suministro oportuno de medicamentos. Reiteración de jurisprudencia⁹

El suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de esta Corporación, dicha obligación deba satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad.

La Honorable Corte Constitucional, ha insistido en que el suministro tardío o no oportuno de los medicamentos prescritos por el médico tratante desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, existe una afectación de los principios, de los cuales depende la garantía del derecho a la salud, en aquellos casos en los que, por la existencia de un obstáculo o barrera injustificada, el paciente no puede acceder a los servicios del sistema o al suministro de los medicamentos.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-460 de 2012, esta Corporación estudió la solicitud de amparo de una mujer de la tercera edad en un delicado estado de salud, representada por el Personero de Heliconia, en la que se solicitó que un medicamento no POS autorizado por el Comité Técnico Científico, le fuera entregado en su población de residencia y no en la ciudad de Medellín. En dicha oportunidad, con fundamento en que la falta de entrega del medicamento en su lugar de domicilio implicaba una limitación irrazonable al acceso eficiente al sistema de salud, esta Corporación amparó los derechos fundamentales “de acceso y prestación integral del servicio de salud y vida digna de la accionante”. Por esta razón, se ordenó a la EPS accionada entregar los medicamentos prescritos por el médico tratante, en la IPS autorizada para tal fin en el municipio de Heliconia.

En conclusión, a juicio de la Corte, las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física.¹⁰

Caso concreto

⁹ Sentencia T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ Sentencia T-092 DE 2018, Magistrado Dr. Luis Guillermo Guerrero

Revisada las pruebas documentales aportadas por los accionantes se evidencia que el señor Hernando Flórez y a la señora María Benilda Gómez les fueron formulados los medicamentos (acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas) 90 días tomar una capsula cada 8 horas 270 capsulas para cada uno.

La última vez que les entregaron los medicamentos en mención fue el 23 de marzo de 2020, la siguiente entrega estaba programada para el día 23 de abril de 2020 pero no fue realizada en la farmacia en D4 39 SF Colsubsidio Fusagasugá porque la Nueva EPS dejó el convenio con el laboratorio que realizaba el medicamento.

El día 16 de junio de 2020, los accionantes presentaron una queja por los mismos hechos que no ha sido contestada por la demandada.

La NUEVA E.P.S en su contestación guarda silencio de frente a la entrega de los medicamentos y la queja presentada por los accionantes, razón por la que se presumirán ciertos los hechos de la demanda acatando lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹¹.

En el caso propuesto torna a la entrega del medicamento (acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas) ordenado por el médico tratante a los señores Hernando Flórez y María Benilda Gómez, la cual ha sido suministrada por la EPS, por más de cuatro años.

Sin embargo, el problema surge por la falta de provisión del fármaco al momento que los usuarios se dirigen a la farmacia encargada para poderlos recoger y allí les dicen que no tienen el medicamento porque la EPS ya no tiene convenio con el laboratorio.

El señor Hernando Flórez, tiene 92 años de edad y su esposa, María Benilda Gómez 89 años de edad, los dos se encuentran diagnosticados con poliartritis no especificada por lo que su médico tratante les prescribió el medicamento (acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas), el cual no ha sido suministrado por la NUEVA EPS, dado que ya no tiene convenio con el laboratorio que las elabora.

Tal limitación se considera que es contraria a los derechos a la vida digna y a la salud de quienes actúan como demandantes, pues se traduce en una barrera para el acceso oportuno y eficiente al tratamiento que requieren y no tienen cuenta que ya son personas de la tercera edad.

Como consecuencia de la actuación los tutelantes (i) no pudieron recibir el tratamiento ordenado por su médico tratante en los tiempos dispuestos para ello, ya que el mismo se vio interrumpido con la no entrega del medicamento, según las reglas de continuidad y oportunidad señaladas por el profesional a su cargo. Además, (ii) la imposición de una barrera de acceso pese a ser unas personas con

¹¹ “**ARTICULO 20. PRESUNCION DE VERACIDAD.** Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”

movilidad reducida demandan medidas de inclusión que permitan asegurar el goce efectivo de sus derechos.

De esta forma se decide amparar el derecho fundamental a la salud y en ese ordenar la entrega del medicamento ordenado por el médico tratante pues al no hacerlo, se omitió la satisfacción de los componentes básicos que guían la aplicación de los principios de oportunidad, integralidad y continuidad, de los cuales depende la garantía del derecho a la salud como derecho fundamental.

Aunado, el no contestar la solicitud formulada quebranta el derecho fundamental de petición de los accionantes, en los términos del artículo 1° de la Ley 1755 de 30 de junio de 2015 que sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, esto es, de quince (15) días.¹², el cual ha sido ampliado a 30 días según el artículo 5° del Decreto Legislativo 491 de 2020¹³ En consecuencia, se concluye que la conducta que asumió la accionada al no responder la queja presentada vulnera el derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, y resulta sin duda contraria a los principios de eficiencia y celeridad que orientan la actuación administrativa, razón por la cual este Despacho tutelar el derecho y dará la orden necesaria para su restablecimiento

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – TUTELAR el derecho fundamental a la salud de los accionantes **los señores HERNANDO FLÓREZ GARZÓN Y MARÍA BENILDA GÓMEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva

SEGUNDO.- ORDENAR a la **NUEVA E.P.S.**, o quien haga sus veces, que dentro del término de dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a entregar los medicamentos prescritos:

- Al señor **HERNANDO FLÓREZ GARZÓN** identificado con cédula de ciudadanía No. 2.922.056 (**acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas**) duración del tratamiento de 90 días una cantidad de 270 capsulas.
- Y a la señora **MARÍA BENILDA GÓMEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 20.190.050 (**acetaminofén 325mg/1u; tramadol clorhidrato 37.5mg/1u capsulas**) duración del tratamiento de 90 días una cantidad de 270 capsulas.

¹² En principio toda petición debe resolverse en 15 días siguientes a su recepción, pero si se trata de peticiones de documentos o de información debe proferirse decisión de fondo dentro de los 10 días siguientes, término que si no se cumple, se entenderá que dicha solicitud es aceptada y ya no podría negarse la entrega de los documentos solicitados, como consecuencia las copias se entregan dentro de los 3 días siguientes.

¹³ Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

El teléfono de los accionantes que parece en el escrito de tutela es 312-3774160 y el correo electrónico Fercho210979@yahoo.com.

De otra parte, se ordena contestar el derecho de petición presentada por los actores el día 16 de junio de 2020 dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes notificación de esta providencia,

Una vez se cumpla lo ordenado la entidad remitirá al despacho copia del oficio de comunicación y la constancia de notificación del mismo al correo electrónico jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

TERCERO- NOTIFICAR a la accionada y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. – Si este fallo no fuere impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991; en caso que la acción sea excluida de una eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al archivo inmediato del expediente, con el correspondiente registro en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ea4b47dbe19a79c38aa764af22de3704cce0147e1755210f8dbe1d0e43f716e7**
Documento generado en 10/08/2020 08:34:03 p.m.