



Bogotá D. C., 3 de marzo de 2022

Acción de Tutela N° 2022-00104 de GERBER YEISON HERNÁNDEZ FANDIÑO contra CAPITAL SALUD EPS y AUDIFARMA S.A.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Gerber Yeison Hernández Fandiño contra Capital Salud EPS y Audifarma S.A. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida.

ANTECEDENTES

Hechos de la Acción de Tutela

El accionante señaló que padece de "VIH/SIDA" y que para tratar el diagnóstico su médico tratante la Dra. Rosalbina Chacón Guerrero, le ordenó el medicamento retroviral "ODEFSEY"

Adujo que el 24 de diciembre de 2021 le fue entregada la primera dosis que cubre un periodo de 30 días; no obstante, en el mes de enero de 2022 Audifarma no le suministró el medicamento.

Señaló que radicó una queja ante la Superintendencia de Salud el 11 de febrero de 2022, para lograr que se le proporcionara el medicamento de los meses de enero y febrero de 2022; sin embargo, a la fecha de radicación de la acción de tutela dicha entidad no le ha dado respuesta.

Manifestó que solicitó ante Capital Salud EPS el cambio de régimen en salud del contributivo al subsidiado, pues, no cuenta con los recursos suficientes para seguir cotizando. Petición, que a la fecha de interposición de la acción de tutela no ha sido contestada.

Finalmente, afirmó que ha presentado quebrantos de salud, dado que no ha cumplido con la periodicidad recetada para el suministro del medicamento.

Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo expuesto, el accionante pretende que se ampare sus derechos fundamentales a la salud y vida y, en consecuencia, pide ordenar a las accionadas que i) suministren el medicamento "ODEFSEY" con los estándares de confidencialidad y privacidad y ii) que se rinda respuesta a la queja que presentó el 11 de febrero de 2022.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 21 de febrero del 2022, por lo que se libraron comunicaciones a las accionadas y se vinculó a la Superintendencia de Salud, con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente.

Informes recibidos

Capital Salud EPS afirmó que autorizó el acceso al medicamento peticionado por el accionante, pero, es Audifarma la encargada de suministrarlo de acuerdo con su disponibilidad.



Así mismo, manifestó que el medicamento se encuentra incluido en el plan de beneficio en salud y que por ello se dirigió vía correo electrónico al prestador con el fin de conocer las razones para no suministrarlo.

Adujo que ha desplegado todas las acciones tendientes a garantizar la prestación de los servicios de salud en favor del accionante, además, respetando su derecho fundamental al habeas data.

Finalmente, solicitó su desvinculación por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno y porque la obligación de suministrar el medicamento requerido por el accionante recae en Audifarma.

La Superintendencia Nacional de Salud en un primer informe señaló que aún se encontraba dentro de los términos del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, para dar respuesta a la petición presentada por el accionante.

En informe posterior señaló que la queja fue puesta en conocimiento de Capital Salud EPS, a quien, de conformidad con las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a través del artículo 19 y 20 del Decreto 1080 de 2021, se exhortó a impartir las acciones necesarias para garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud al accionante.

Afirmó que la actuación desplegada fue puesta en conocimiento del accionante mediante comunicación identificada con radicado 20222100200172071.

Finalmente, solicitó su desvinculación en atención a que no es la legitimidad por pasiva para responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Audifarma no rindió respuesta.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C. C. T-471 de 2017).

Derecho fundamental a la salud

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera



irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental, porque cuanto se refiere a que todas las personas tienen el derecho a la atención en salud, definiendo así el sujeto, sin hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los sujetos destinatarios del mismo.

En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha tratado de considerar que el derecho a la salud es fundamental porque protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad (Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017).

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, 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*», por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

La Corte Constitucional¹ ha señalado que el **principio de oportunidad** se refiere a que:

el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.

Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.

¹ Sentencia T-092 de 2018



En este contexto, como dice la sentencia T-673 de 2017, cualquier barrera o limitación que conlleve la restricción en la efectiva prestación de los servicios en salud con oportunidad, supone la afectación del derecho a la salud y un obstáculo para el pleno goce de este.

Ahora bien, se ha alegado la protección del **derecho fundamental de petición** respecto del cual se recuerda que está reglamentado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante una autoridad pública o ante un particular, bien sea en interés general o particular, y a obtener una pronta respuesta, sin que tal prerrogativa implique imponer a la respectiva entidad o destinatario la manera cómo debe resolverla, sino únicamente un pronunciamiento oportuno, es decir, dentro del término establecido en la ley, que generalmente es de 15 días hábiles, que guarde correspondencia con lo pedido y absuelva de manera definitiva las inquietudes formuladas.

De ahí que precisamente se derive que el núcleo esencial de esta prerrogativa reside en: (i) en una resolución pronta y oportuna de la cuestión que se pide, es decir, dentro del término establecido legalmente; (ii) en una respuesta de fondo, consiste en obtener un pronunciamiento material sobre lo solicitado, bajo los parámetros de *claridad y precisión*; y (iii) en una notificación de lo decidido, en razón a que nada sirve que se dé respuesta, y esta no se notifique (C. C., C-007 de 2017).

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha destacado además que la satisfacción del derecho de petición no depende, en ninguna circunstancia de la respuesta favorable a lo solicitado. De modo tal se considera que hay contestación, incluso si la respuesta es en sentido negativo y se explican los motivos que conducen a ello. Así las cosas, se ha distinguido y diferenciado el derecho de petición del *"el derecho a lo pedido"*, que se emplea con el fin de destacar que *"el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, [y] en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal."* (Sentencias T-242 de 1993; C-510 de 2004; T-867 de 2013; C-951 de 2014; T-058 de 2018 y C-007 de 2017).

Finalmente, es importante resaltar que el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia generada por el Coronavirus- Covid 19, dispuso mediante el Decreto 491 de 2020 que los términos para atender las peticiones se ampliaban, pues en su artículo 5º señaló que salvo norma especial **toda petición deberá resolverse dentro de los 30 días siguientes a su recepción.**

Caso concreto

En el presente asunto el Despacho deberá resolver si en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud, vida y petición, del actor hay lugar a ordenar a las accionadas que i) suministre el medicamento "ODEFSEY" con los estándares de confidencialidad y privacidad y ii) que se rinda respuesta a la queja que presentó el 11 de febrero de 2022.

De la entrega del medicamento

Para resolver esta pretensión, observa el Despacho que el accionante aportó una fórmula médica de fecha 23 de noviembre de 2021 donde se registra que padece de *"B24X enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) sin otra especificación"*²

² Archivo 1 folio 9



También se detecta que en la fórmula médica, la galena Rosalbina Chacón Guerrero le prescribió el medicamento *"emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir adefenamida25mg"*³

Ahora bien, teniendo en cuenta lo acreditado en el libelo de tutela, lo primero que se advierte es que el señor Gerber Yeison Hernández Fandiño, es un sujeto de especial protección debido a la patología que sufre *"B24X enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) sin otra especificación"*, la cual, como es bien sabido, es catastrófica, evolutiva y mortal, pues destruye en forma gradual el sistema inmunológico del organismo dejándolo desprotegido y, por lo tanto, exige un tratamiento médico que no se agota en el tiempo, es decir, que debe ser oportuno, permanente y constante, situación que conlleva a que a través de la presente acción se analice la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Bajo ese panorama, se tiene que Capital Salud EPS informó a este Despacho que generó autorización para para el suministro de los medicamentos requeridos por el actor, la cual fue direccionada a Audifarma, quien es la encargada de realizar la entrega, así mismo, precisó que desconoce los motivos por los cuales no se ha materializado el suministro del medicamento y que por ello, el 22 de febrero de 2022, a través de correo electrónico requirió a Audifarma con la finalidad que informara las razones para no realizar la entrega del medicamento.

Este Despacho vinculó a Audifarma, para que indicara las gestiones que ha realizado para entregar los medicamentos ordenados en favor del actor; sin embargo, no rindió respuesta a pesar de que fue notificada efectivamente y se superó el término concedido para que rindiera el informe.

Así las cosas, si bien Capital Salud EPS informó la autorización del medicamento, lo cierto es que no existe certeza de la entrega de este, lo que impide concluir que la vulneración de los derechos fundamentales del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño ya se hubieren superado, pues, aún existe una tardanza en la materialización del suministro de los medicamentos requeridos por el actor.

Ello a todas luces atenta contra 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.

La transgresión del derecho fundamental a la salud del cual es titular el actor es atribuible de un lado a Audifarma, quien no ha realizado la entrega del medicamento a pesar de que fue efectivamente autorizado por la EPS y de otro lado Capital Salud EPS, quien en el marco de su deber de aseguramiento no ha constatado el oportuno cumplimiento de la orden médica de suministro del medicamento.

Así las cosas, el actuar de los entes accionados amerita la intervención del juez constitucional con miras a hacer cesar la transgresión detectada; razón por la cual se concederá el amparo del derecho fundamental a la salud del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño y se ordenará a los representantes legales de Capital Salud EPS y Audifarma, a quienes hagan sus veces o a quien ellos deleguen, que en el término máximo de 48 horas asuman de manera coordinada las decisiones a que haya lugar para garantizar la entrega del medicamento *"emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir adefenamida25mg"* en favor del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño, siguiendo los protocolos de confidencialidad y privacidad que el tipo de diagnóstico del accionante requiera.

Ahora, ante la omisión de respuesta por parte de la prestadora del servicio Audifarma, en caso de que no se cuente con el medicamento para su entrega al accionante, se ordenará a Capital Salud EPS para que a

³ Archivo 1 folio 9



través de su representante legal a quien haga sus veces o a quien el delegue, que en el término máximo de 48 horas asuma las decisiones a que haya lugar para garantizar la entrega del medicamento *"emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir alefenamida25mg"* a través de otra de su red prestadora de servicios.

Del amparo al Derecho de petición

El accionante pretende que se ampare su derecho fundamental de petición y, en consecuencia, pide ordenar a la Superintendencia de Salud responder de fondo una petición que presentó el 11 de febrero de 2022.

De conformidad con el precedente legal señalado, la petición que fue radicada ante la accionada el 11 de febrero de 2022 tenía plazo para ser resuelta a más tardar el 28 de marzo de 2022, ya que la norma dispone que son 30 días siguientes a su recepción, los cuales se entienden hábiles dado que en el Decreto 491 de 2020 no se estableció que esos días fueran calendario; no obstante, esta fue atendida con la misiva que dirigió la accionada el 23 de febrero de 2022, la cual debe ser analizada por el Despacho para determinar si respondió de fondo la petición que elevó la promotora.

Si bien el accionante no allegó copia de la petición, la Superintendencia de Salud en informe rendido a este Despacho comunicó que, en efecto, el 11 de febrero de 2022, el actor presentó una solicitud ante esa entidad que tenía por objeto poner en conocimiento la tardanza y omisión de Capital Salud EPS, en el suministro del medicamento *"emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir alefenamida25mg"*. Petición que fue atendida por la Superintendencia mediante oficio⁴ identificado con el radicado No. 20222100200172071.

En la respuesta rendida por la Superintendencia se informó al actor que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2.3 del Capítulo I Título VII de la Circular Única modificada por la Circular 008 de 2018, trasladó la queja a Capital Salud EPS quien no ha dado solución de fondo, por lo que, formuló requerimiento para que informe las razones de las demoras en la prestación de los servicios de salud, de conformidad con las funciones de inspección y vigilancia que le fueron atribuidas mediante los artículos 19 y 20 del Decreto 1080 de 2021.

Ahora bien, de la respuesta que brindó la encartada, se extrae que, en efecto, contestó de fondo la petición que elevó el accionante el 11 de febrero de 2022 pues le informó y explicó las gestiones realizadas en el marco de sus funciones de inspección y vigilancia para superar las demoras de Capital Salud EPS en el suministro de los medicamentos requeridos; no obstante, lo cierto es, que no existe ninguna constancia de que haya sido notificada al correo electrónico del accionante.

Así pues, teniendo en cuenta que uno de los componentes del núcleo esencial del derecho de petición, es que la información sea notificada, ya que de nada sirve una respuesta de la que no se tiene conocimiento, el Despacho accederá a la protección del derecho fundamental de petición del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño y ordenará a la Superintendencia de Salud a través del superintendente Fabio Aristizábal Ángel, que, dentro de las 48 horas posteriores a la notificación de esta providencia, notifique en debida forma la misiva que profirió el 23 de febrero de 2022 al señor Gerber Yeison Hernández Fandiño y remita la constancia a este Despacho.

⁴ Archivo 6 folio 39



Finalmente, se detecta que, si bien el actor no formuló más pretensiones en el marco de esta acción, en el escrito de tutela informó que radicó una solicitud ante Capital Salud EPS, para que se efectúe el cambio de régimen en salud del contributivo al subsidiado.

Sobre este aspecto, se precisa que si bien no aportó la petición que alude y tampoco la prueba de su radicación, se tiene que tanto Capital Salud EPS como la Superintendencia de Salud, comunicaron en sus informes que el actor ya se encuentra afiliado al sistema de salud en el régimen subsidiado, de ello aportaron prueba del estado de afiliación reportado en el sistema de información de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. En consecuencia, el Despacho concluye que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño, en este aspecto, fue superada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud de **Gerber Yeison Hernández Fandiño** en contra de **Capital Salud EPS** y **Audifarma S.A.**, de acuerdo con lo aquí considerado.

SEGUNDO: ORDENAR a los representantes legales de **Capital Salud EPS** -Dr. Omar Benigno Perilla - y **Audifarma S.A** -Dr. Giovanni Humberto Mesa Escobar-, a quienes hagan sus veces o a quien ellos deleguen, que en el término máximo de 48 horas asuman de manera coordinada las decisiones a que haya lugar para garantizar la entrega del medicamento “*emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir adefenamida25mg*” en favor del señor Gerber Yeison Hernández Fandiño, siguiendo los protocolos de confidencialidad y privacidad que el tipo de diagnóstico del accionante requiera.

TERCERO: ORDENAR, de manera subsidiaria, a **Capital Salud EPS** para que a través de su representante legal, Omar Benigno Perilla a quien haga sus veces o a quien el delegue, que en el término máximo de 48 horas asuma las decisiones a que haya lugar para garantizar la entrega del medicamento “*emtricitabina200mg/rilpivirina25mg/tenofovir adefenamida25mg*” a través de otra de su red prestadora de servicios

CUARTO: CONMINAR a **Capital Salud EPS** y **Audifarma S.A** para que, en adelante presten de manera oportuna y efectiva los servicios que requiera el actor, pues, por su estado de salud requiere que las órdenes médicas se tramiten, autoricen y realicen de forma prioritaria y ágil.

QUINTO: ORDENAR a la **Superintendencia de Salud** a través del superintendente, Fabio Aristizábal Ángel, que dentro de las 48 horas posteriores a la notificación de esta providencia, notifique en debida forma la misiva que profirió el 23 de febrero de 2022 al señor Gerber Yeison Hernández Fandiño y remita la constancia a este Despacho.

SEXTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

SEPTIMO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

OCTAVO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

NOVENO: ORDENAR que por secretaría se comunique la decisión por estado electrónico, el cual deberá ser publicado en la página de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-03-de-pequeñas-causas-laborales-de-bogota/2020n1>.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **cc6d054103132fd5a499b61edd3d3b12ca7f78cc2872f1f83c44fa0f49506a1b**
Documento generado en 03/03/2022 04:54:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>