

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., ocho (08) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicado: (033) **2020 – 00242 01**
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Kimberly Yunery Maca González, como agente oficiosa de su menor hijo Eiden González Maca
Accionados: Compensar EPS
Vinculados: Ministerio de Salud, Audifarma S.A., Fundación Neumológica Colombiana y Superintendencia Nacional de Salud
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por Audifarma S.A., contra el fallo de fecha 02 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado Treinta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad- Localidad de Chapinero

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

La señora Kimberly Yunery Maca González en calidad de agente oficiosa de su menor hijo Eiden González Maca, propuso acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, la cual fundamenta en los siguientes hechos:

1.1.- Que el menor fue diagnosticado con asma crónica, patología que ha sido de un difícil manejo, siendo necesario practicarle varios exámenes y recibir terapias respiratorias.

1.2. Que el agenciado sufre de alergias severas que son controladas con medicamentos de toma diaria y que no deben ser interrumpidos ya que afectan el resultado de su tratamiento.

1.3. Que por tratarse de una enfermedad respiratoria y estar enmarcada en las comorbilidades de cuidado frente al COVID 19, ha buscado la manera de mantener su tratamiento con citas virtuales y el manejo estricto en casa, no obstante, Compensar EPS desde el inicio de la pandemia no ha establecido protocolos claros para la autorización y entrega de medicamentos cuyo trámite se hacía directamente en la sede de la calle 100.

1.4.- Que al comunicarse con las líneas de atención en salud no tienen claro cuáles el protocolos por tanto inicialmente le indican que devolverán la llamada, en otras oportunidades que, se debe diligenciar un formulario.

1.5.- Que con ocasión de la situación antes descrita formuló un derecho de petición, respecto del cual no recibió respuesta de fondo, toda vez que se limita a remitirla a otro canal de atención.

1.6.- Que la accionada incumple su obligación de remisión al competente en caso tal de no serlo, dilatando así en el tiempo los términos de atención para el paciente.

1.7.- Que con la respuesta a la petición le enviaron un formulario para la solicitud de medicamentos MIPRES, sin embargo, desde el principio se ha dejado claro que el medicamento no es MIPRES, por ende, ese canal no es el adecuado para dicha autorización.

1.8.- Que en varias oportunidades recibió mensajes de texto con la supuesta autorización del medicamento, por lo cual informó que en la plataforma de Compensar EPS, se exige el número de prescripción médica para consultar dicha autorización, sin embargo tal número no existe, como quiera que las mismas fueron expedidas por un operador externo a la referida prestadora

1.9- Que la han contactado desde Audifarma, donde desde el correo dianalt@audifarma.com.co, también se solicitó dicha autorización el día 08 de agosto, como quiera que la autorización no se encuentra cargada en la plataforma de la accionada.

1.10- Que el menor se encuentra afiliado al plan complementario de salud, ya que por su condición médica debió buscar la mejor atención posible para su patología, es por ello que la han contactado varios asesores que solo se limitan a pedirle correos vía WhatsApp con las fórmulas, pero ninguno me ha dado solución de fondo.

1.11.- Que de la fórmula del 17 de abril del presente año solo se llevó a cabo la autorización parcial (por un mes, siendo por tres meses) del medicamento Montelukast y se dio sólo una entrega y las demás han sido negadas tanto es que ya se unió el tiempo de cobertura con la nueva fórmula del 22 de Julio.

2.- Lo Pretendido.

La accionante reclama a través de la presente acción constitucional:

“Con fundamento en lo anteriormente expuesto le solicito señor juez que se tutele el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida de mi menor hijo, que se encuentra expuesto al deterioro de su salud por la clara negligencia de Compensar situación que lo hace más vulnerable ante un posible contagio de COVID 19.

Se obligue a Compensar EPS a que realice la entrega efectiva de los medicamentos de mi hijo.

Que se dé un canal de comunicación claro y efectivo para la entrega de los mismos en el domicilio teniendo en cuenta su patología.”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad- Localidad de

Chapinero, quien la admitió en auto del 20 de agosto de 2020. Allí dispuso vincular al Ministerio de Salud, Audifarma SA y la Fundación Neumológica Colombiana.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes de Compensar EPS, Ministerio de Salud y Superintendencia de Salud

5.- La Providencia de Primer Grado

El Juez a-quo concedió el amparo solicitado al considerar:

“(…) autorizados los medicamentos, como da cuenta el proceso, y ante la información suministrada por la accionante, que correlacionada con el silencio de AUDIFARMA para contestar esta tutela, le permiten al Despacho estimar que de un lado, audifarma viene violando el derecho fundamental a la salud del menor de edad, al, sin justificación, demorar la entrega de los medicamentos, ordenados por el médico tratante y autorizados por COMPENSAR EPS.

(…)

con la falta de entrega de los medicamentos a la menor, AUDIFARMA vulnera el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, siendo que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad.

6.- La Impugnación.

Inconforme con la decisión de primer grado Audifarma S.A., procedió a su impugnación argumentando en síntesis **(i)** que el objeto social de la citada sociedad es la dispensación de medicamentos a las entidades promotoras de salud (EPS), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) y otras que por su carácter sean afines a su objeto social. Lo anterior, siempre y cuando medie autorización emitida por parte de estas y siempre que exista disponibilidad de la molécula en los laboratorios productores; **(ii)** que no están incurriendo en trabas administrativas en razón a que la legislación colombiana ha sido enfática en que las EPS

deben cumplir con sus responsabilidades, para ello, deben conformar una red de servicios para lo cual, cualquier entidad promotora de salud puede contratar diferentes empresas para llevar a cabalidad la prestación del servicio y asimismo cumplir con los requisitos para tal fin, como autorizaciones, fórmulas médicas vigentes, documento de identificación entre otras, al momento de proceder con la entrega de los medicamentos e insumos.; **(iii)** que en temas relacionados con autorizaciones, no tiene intervención alguna, dado que tal actividad no se encuentra dentro de su objeto social, encontrándose entonces, supeditada a lo debidamente autorizado por COMPENSAR EPS, dado que es la encargada de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación de los servicios de salud, por tanto, en la orden del fallo debe ser desvinculada, como quiera que no es la responsable directa de garantizar la prestación de los servicios de salud, porque sus facultades se limitan a la autorización brindada por la EPS y la disponibilidad que brindan los laboratorios productores.

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

Debe establecer el despacho si a partir de los reparos formulados por Audifarma S.A., debe revocarse o modificarse el fallo de instancia proferido por el *a quo*, o si por el contrario el mismo debe ser confirmado.

3.- Procedencia de la Acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- Del Derecho a la salud

Respecto de tal prerrogativa, la Corte Constitucional en Sentencia T-124 de 2009, sostuvo:

“De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios. En este sentido ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia,

“El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es 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 en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”

Igualmente, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”

Por consiguiente, la Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su

fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales.

5.- El Caso en Concreto.

Descendiendo al caso objeto de estudio, de entrada advierte el Despacho la imposibilidad de desvincular del presente trámite constitucional a la Audifarma S.A., como quiera que, de lo expuesto en el escrito de tutela y de impugnación del fallo, la tardanza en la entrega de los medicamentos requeridos por el menor agenciado para el tratamiento de las patologías que padece, fue ocasionada por problemas de tipo meramente administrativo, entre la citada sociedad y Compensar EPS, los cuales bajo ninguna circunstancia deben ser asumidos por los usuarios del servicio, por tanto, las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, están en la obligación de cumplir estrictamente los protocolos establecidos en la normatividad vigente a efectos de dispensar de manera completa y oportuna los medicamentos prescritos a los afiliados por sus médicos tratantes, máxime si se trata como en este caso, de un sujeto de especial protección por parte del Estado.

En este orden de ideas, la decisión adoptada en primera instancia no luce desbordada, habida cuenta que, en el término concedido para ejercer su derecho de defensa, la recurrente guardó silencio frente a los hechos que dieron origen a la presente acción constitucional, sin que procediera a acreditar que había entregado los medicamentos enunciados por la actora o a justificar la razón por la cual esto no había sucedido.

Aunado a lo anterior, obra en el expediente documental aportada por la accionante¹, a través de la cual informa *“El día de hoy 24 de Agosto mi esposo se presentó en la sede audifarma ubicada en el olaya con el número de autorización aportado por compensar, donde le informan inicialmente que el medicamento no estaba autorizado por compensar luego le indican que si está autorizado por compensar pero que supuestamente fue entregado únicamente para despachar desde la sede de Casa Blanca o por domicilio mediante comunicación con la señora Diana Tuay nos indica que el medicamento supuestamente fue despachado el día sábado para el domicilio y que al intentar entregarlo no había nadie que lo recibiera información que no es cierta, ya que el*

¹ Carpeta denominada 4. Escrito de la accionante

día sábado habíamos recibido una llamada desde las audifarma de Kennedy dónde nos informaron que por error desde Casablanca les habían enviado el medicamento y que se demoraban de 3 a 5 días hábiles en volvernos a enviar y que si teníamos algun afan en la entrega nos podemos acercar a cualquier sede de audifarma ya que habían cancelado como tal el domicilio. Luego mi esposo intenta hablar de nuevo con la asesora de audifarma y ésta le indica que si la señora Diana Tuay autoriza la entrega lo entregarían debido a que ahí constata que el domicilio nunca llegó, y no hubo una entrega efectiva al paciente. Mi esposo se quedó esperando durante 45 minutos la autorización y a las 4 de la tarde le dicen a mi esposo que ese es el final de la atención en esa sede de audifarma que la señora Diana nunca les contestó si había o no una autorización y que de parte de ella que no podían hacer nada sin autorización de la señora Diana. Al comunicarme con la señora Diana de nuevo, me informa que no hay nada que hacer que se debe esperar una respuesta de parte de mensajería y hasta que ella no tenga físicamente como tal el medicamento no podría autorizar la entrega del mismo es decir que debía esperar una respuesta de mensajería que no sabía en qué momento le podía llegar y que si quería me pusiera de acuerdo con mi esposo para que él fuera a la sede Casablanca una sede del Norte que ayer a dónde le sigo a llegar de nuevo el medicamento yo le informo que no nos es posible porque nos tocaría coger un taxi y nos saldría más barato comprar el medicamento que tomar ese tipo de transporte A lo que ella me contesta que en ella en ningún momento me está obligando a que tome taxi lo que no han querido entender es que mis hijos tienen patologías crónicas respiratorias y no nos podemos exponer al mayor índice de contagio que es el transporte público, es por esto que le solicité que me confirmará si efectivamente iba a haber o no una entrega por domicilio a lo cual ella no me ha dado respuesta.”

Así las cosas, resulta dable colegir que la falla en la prestación de los servicios de salud requeridos por el menor agenciado, no sólo se genera en la autorización de los medicamentos prescritos por su médico tratante, sino en la entrega de los mismos por parte de Audifarma S.A., que según lo referido por la accionante y que no fue desvirtuado por la accionada, ni por la agenciada, somete a los usuarios a largas esperas para obtener los referidos insumos, sin que se les brinde una solución oportuna y de acuerdo a sus posibilidades, por tanto, deviene inviable acceder a lo solicitado por la recurrente.

Ahora bien, como quiera que dentro de los reparos presentados por el censor se afirma que la vulneración de los derechos fundamentales del agenciado no son por acción suya, sino de Compensar EPS, se tiene que si bien, esta última manifiesta haber autorizado la entrega de los medicamentos referidos en el acápite de hechos, lo cierto del caso es que no allegó prueba alguna de haber garantizado la entrega de los mismos al

accionante, sin que le resulte dable excusarse en la omisión de la IPS, como quiera que las EPS son las llamadas directamente a responder por la prestación oportuna y efectiva de todos los servicios de salud requeridos por sus afiliados, entre ellos el suministro de medicamentos en la cantidad y periodicidad prescritos por los médicos tratantes.

Igualmente, es obligación de la EPS accionada contar con una red de prestadores de servicios de salud suficiente e idónea para brindar total cubrimiento a las contingencias presentadas por los pacientes, de manera que cualquier deficiencia en tal sentido si bien le es imputable a la IPS contratada, lo cierto es que tal situación no exime de responsabilidad a Compensar EPS, en su calidad de prestadora directa de los servicios de salud requeridos por el menor agenciado, indiferentemente de la entidad a través de la cual cumpla las funciones por ley establecidas.

Así las cosas, es evidente que el agenciado requiere los medicamentos antes referidos como tratamiento para las patologías que padece y la omisión por parte de las accionadas en la entrega de los mismos vulnera su derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, sin que exista razón alguna que justifique tal conducta, máxime si se trata de un sujeto de especial protección por parte del Estado.

Por lo aquí expuesto habrá de modificarse el ordinal segundo de la providencia de fecha 02 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad-Localidad de Chapinero, y en su lugar se ordenará a Compensar EPS y a Audifarma IPS, atendiendo a las funciones ejercidas por cada una, que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubieren hecho, procedan a autorizar, entregar y remitir a **Kimberly Yunery Maca González en calidad de agente oficiosa de su menor hijo Eiden González Maca** los medicamentos denominados "SALBUTAMOL 100 MCG INHALADOR BUCAL #1 (uno) y MONTELUKAST5 5 MG TABLETA MASTICABLE #90NOVENTA" y los demás que estén pendientes de entrega, en las cantidades y periodicidad prescritas por el médico tratante, por encontrarse dentro de la población establecida en la Resolución 521 de 2020 emitida

por el Ministerio de Salud y Protección Social, en virtud a la contingencia del Covid-19.

DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

Primero: MODIFICAR, el ordinal segundo de la providencia de fecha 02 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad- Localidad de Chapinero conforme con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: ORDENAR a Compensar EPS y a Audifarma IPS, atendiendo a las funciones ejercidas por cada una, que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubieren hecho, procedan a autorizar, entregar y remitir a **Kimberly Yunery Maca González en calidad de agente oficiosa de su menor hijo Eiden González Maca** los medicamentos denominados "SALBUTAMOL 100 MCG INHALADOR BUCAL #1 (uno) y MONTELUKAST5 5 MG TABLETA MASTICABLE #90NOVENTA" y los demás que estén pendientes de entrega, en las cantidades y periodicidad prescritas por el médico tratante, por encontrarse dentro de la población establecida en la Resolución 521 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en virtud a la contingencia del Covid-19.

Tercero: Confirmar en lo demás el fallo recurrido.

Cuarto. NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Sexto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

f. s. o