

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2020-00201-00

Accionante: HENRY ALFONSO MESA RAMÍREZ.
Accionado: COMPENSAR E.P.S.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por HENRY ALFONSO MESA RAMÍREZ, en la que se acusa la vulneración del derecho fundamental de petición, luego de vincular a la empresa AUDIFARMA, la que guardo silencio.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Manifiesta el accionante que se encuentra afiliado a la E.P.S. COMPENSAR como pensionado por Invalidez, enfermedad de los ojos, y que además de su discapacidad cuenta con afecciones en la salud como Hiperplasia Prostática Benigna, Vejiga Imperativa y Gonartrosis. Así mismo, indica que es adulto mayor de 63 años, no es casado, ni tiene hijos y se encuentra viviendo en un sector con dificultades de Covid-19.

Por las anteriores razones, solicitó a la Entidad Compensar EPS para que le fueran enviados los medicamentos formulados por el médico tratante de sus patologías a su vivienda; **la que contestó** aduciendo no pertenecer al grupo de personas vulnerables para su proceder, según lo establecido en la Resolución 521 del 2020.

Junto con su demanda aportó:

- Solicitud de entrega de medicamentos a domicilio Audifarma.
- Documento recomendaciones para evitar el contagio del Covid-19.
- Correo radicación de queja ante la Supersalud.
- RX de rodilla derecha.
- Formula médica.

1.2. Argumentos del accionado.

COMPENSAR E.P.S.

Durante el término del traslado, la accionada respondió manifestando que el señor Henry Alfonso Mesa Ramírez se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Compensar EPS desde el 1 de noviembre de 2012 y en calidad de pensionado de COLPENSIONES.

Por su parte, en lo que respecta al derecho de petición, precisan que tal y como se relata en el escrito de tutela, el mismo fue objeto de respuesta por parte de Compensar E.P.S. en el sentido de indicar que la solicitud no era procedente, razón por la cual la entidad no ha vulnerado el derecho fundamental invocado y, en consecuencia, debe negarse el amparo pretendido por el actor.

Indican que Compensar E.P.S. ha garantizado los servicios de salud que ha requerido el actor, conforme el ordenamiento médico, como las

valoraciones por especialistas y medicamentos prescritos. Por lo que no puede considerarse que Compensar E.P.S. ha vulnerado los derechos fundamentales del actor al no enviarle al domicilio los medicamentos, en tanto lastimosamente no pudo acceder a dicha solicitud ya que, como bien se señaló, el afiliado no se encuentra dentro de la población establecida en la Resolución 521 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En efecto, la norma en comento dispone el envío a domicilio de medicamentos para los siguientes grupos de poblaciones: mayores de 70 años, pacientes con enfermedades crónicas (enfermedad renal crónica, diabetes, enfermedad respiratoria crónica, artritis reumatoidea, tuberculosis) y pacientes con VIH.

Por lo tanto, si bien el actor tiene algunas patologías y condiciones de salud, estas no hacen parte de las consagradas de forma taxativa para el envío de los medicamentos, razón suficiente para sustentar la posición legal de Compensar E.P.S. Por lo anterior solicitan negar el amparo constitucional promovido por el señor Henry Alfonso Mesa Ramírez, en tanto la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Junto con su contestación aporto:

- Certificado de afiliación Compensar E.P.S.
- Certificado de existencia y representación legal.
- Poder general.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicitan desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no devienen de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone

la declaratoria de falta de legitimación en la cauda por pasiva frente a la entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a *“...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.”*

AUDIFARMA S.A

Guardo silencio.

1.3. Trámite Procesal

En providencia que data del 14 de agosto de 2020 este Despacho reanudo las diligencias en virtud de la nulidad decretada por el ad-quem, y vinculando a AUDIFARMA, que guardo silencio, y se decretaron una prueba, por lo que se procede a expedir el correspondiente fallo.

2. CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde al despacho determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte actora.

Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la

alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

Legitimación por activa. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. HENRY ALFONSO MESA RAMÍREZ, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra de COMPENSAR E.P.S., al considerar que la accionada se negó acceder a la solicitud de petición presentada pese cumplir con los requisitos.

Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra de COMPENSAR E.P.S., empresa de carácter privado, y de acuerdo a la reglamentación de la tutela, esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que amenacen o vulneren derechos fundamentales, y excepcionalmente es posible ejercerla frente a particulares si: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, (iii) el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación; y de acuerdo a lo narrado por el accionante, surge claro entonces, que se esta frente a un particular que presta un servicio público, de la que surge la legitimación.

Inmediatez. Da cuenta el accionante que la solicitud de petición la realizó el 14 de abril de 2020, y la presente demanda de tutela se presentó en reparto el día 24 de junio de 2020, esto es, *dos meses y 10 días* han transcurrido, por lo que se configura este requisito.

Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*solo 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*”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de

improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es el mecanismo procedente para determinar la violación del derecho de petición. En esa dirección, la sentencia T-084 de 2015 sostuvo que *“la tutela es un mecanismo idóneo para proteger el derecho de petición de los administrados, toda vez que por medio del mismo se accede a muchos otros derechos constitucionales”*. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha estimado *“que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo”*. En consecuencia, la acción de tutela es procedente, en esta oportunidad, para juzgar si la accionada vulnera el derecho fundamental de la accionante, al no dar respuesta a su petición.

Cumplidos entonces los presupuestos de carácter general se pasa a establecer si efectivamente se presentó **una violación del derecho de petición** por parte de la persona jurídica, y en segundo lugar la procedencia de la tutela para proteger a **personas en especial condición de vulnerabilidad**.

En pacífica jurisprudencia la corte ha señalado el alcance del derecho de petición, así en la **T-077/18**, se dijo:

3. Derecho fundamental de petición. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En desarrollo del Texto Superior, la Ley 1755 de 2015^[2] reguló todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo^[3].

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho

comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas⁴¹.

En reciente Sentencia C-418 de 2017, este Tribunal reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación⁵¹:

- “1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.
- 2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.
- 3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.
- 4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.
- 5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.
- 6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiere darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.
- 7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.
- 8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.
- 9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado”.

En relación con el derecho de petición frente a particulares, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que para su procedencia se debe concretar al menos uno de los siguientes eventos:

(i) La prestación de un servicio público o el desempeño funciones públicas. Al respecto, se destacan las entidades financieras, bancarias o cooperativas, en tanto que se trata de personas jurídicas que desempeñan actividades que son consideradas servicio público⁶¹. De la misma manera, se incluyen las universidades de carácter privado, las cuales prestan el servicio público de educación⁷¹. También se destacan las actividades de los curadores urbanos, quienes son particulares encargados de la verificación del cumplimiento de la normatividad urbanística o de edificación⁸¹. En estos eventos, el derecho de petición opera como si se tratase de una autoridad y, por consiguiente, al ser similar la situación y la calidad del particular a una autoridad pública, está en la obligación de brindar respuesta a las peticiones presentadas, siguiendo lo estipulado en el artículo 23 de la Constitución Política⁹¹.

(ii) El ejercicio del derecho de petición como medio para proteger un derecho fundamental.

(iii) En aquellos asuntos en los cuales exista una relación especial de poder entre el peticionario y la organización privada. Al respecto, la Ley 1755 de 2015 dispuso que el citado derecho se podía ejercer ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encontrara en: (i) situaciones de indefensión o subordinación o, (ii) la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario¹⁰¹.

En concordancia con lo anterior, este Tribunal ha indicado que existe una relación especial de poder en la solicitud de peticiones la cual se manifiesta, por lo menos, en tres situaciones: cuando hay subordinación, cuando hay indefensión y en el ejercicio de la posición dominante. Por tal razón, ha determinado el contenido y alcance de cada una y su relación con el ejercicio del derecho de petición, de la siguiente manera:

*“La subordinación responde a la existencia de una relación jurídica de dependencia, vínculo en que la persona que solicita el amparo de sus derechos fundamentales se encuentra sometido a la voluntad del particular. Dicho vínculo proviene de una determinada sujeción de orden jurídico, tal como ocurre en las relaciones entre padres e hijos, estudiantes con relación a sus profesores, o por ejemplo **los trabajadores respecto de sus patronos o entre los ex-trabajadores y ex-empleadores siempre que se soliciten los datos relevantes de la seguridad social, al igual que los elementos relacionados con el contrato de trabajo**, premisa que aplica también a las entidades liquidadas.*

(...)

La indefensión hace referencia a las situaciones que implican una relación de dependencia de una persona respecto de otra, nexo que se basa en vínculos de naturaleza fáctica, en virtud de la cual la persona afectada en su derecho carece de defensa física o jurídica. Dicha

ausencia es entendida como la inexistencia de la posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.

(...)

El ejercicio del derecho de petición también opera en razón de que el particular que ocupa una posición dominante puede desplegar actos de poder que incidan en la esfera subjetiva del peticionario o tenga la capacidad efectiva de afectar sus derechos fundamentales, con lo cual queda en una situación de indefensión. La relación de poder específica introduce una dimensión constitucional adicional a la meramente laboral o contractual que merece ser valorada, como lo ha hecho la Corte Constitucional en sentencias anteriores (...)^[11]” (Negrilla fuera del texto).

Finalmente, esta Corporación ha indicado que procede el derecho de petición ante particulares, en los casos de indefensión y subordinación, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ante particulares, como expresión del derecho a la igualdad. Así por ejemplo, en la Sentencia C-951 de 2014, en la que reitera lo establecido en la Sentencia T-689 de 2013, la Corte concluyó que: “(e)n el plano de las relaciones privadas, la protección de los derechos fundamentales tiene una eficacia horizontal como una manifestación del principio de la igualdad, pues, precisamente ante las relaciones dispares que se sostienen en el ámbito social, sin la obligatoriedad de los derechos fundamentales entre particulares, la parte débil quedaría sometida sin más, a la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene ventaja sobre ella, y desde el punto de vista material, equivale a decir que quienes se encuentran en estado de indefensión o subordinación tienen la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses”.

En relación con el segundo tema, la corte en la **T-252/17**, señaló:

3. Procedencia de la acción de tutela para amparar derechos de sujetos de especial protección constitucional^[22].

3.1. *El artículo 86° superior consagra que cuando se encuentre amenazado un derecho fundamental, la acción de tutela procede como medio de defensa judicial para su protección inmediata, respecto de cualquier acción u omisión que provenga ya sea de una autoridad pública o de un particular^[23]. No obstante, de manera previa el juez de tutela tiene la tarea de evaluar si es procedente el amparo. Así, en caso de no disponer de un medio de defensa idóneo la tutela será viable de manera definitiva, y en*

caso de que se busque prevenir un perjuicio irremediable la acción procederá como mecanismo transitorio^[24].

3.2. Asimismo, este tribunal ha considerado que la acción de tutela es procedente aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, cuando:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”^[25] (Subrayado fuera del texto original).

3.3. En el primero de estos eventos debe observarse a la hora de evaluarse los medios idóneos o eficaces que el requisito de subsidiariedad está encaminado a restringir el uso de la acción de tutela como mecanismo principal, en la medida que el numeral 1° del artículo 6° del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone la improcedencia cuando existan otros medios de defensa judiciales, salvo se advierta la falta de eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. De igual modo, el artículo 9° establece que el agotamiento de la vía gubernativa no impide la posibilidad de acudir de manera directa.

En desarrollo de la norma citada, esta Corporación decantó en la sentencia SU-377 de 2014 que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia, sino que el juez debe evaluar la posible eficacia de protección del instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado^[26].

3.4. En segundo lugar, conviene precisar que la configuración de un perjuicio irremediable debe ser analizada dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, de manera análoga a como ocurre cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa. Se trata de una regla general que se explica en sí misma, por cuanto, como fue señalado, no todo daño se convierte autónomamente en irreparable.

Sin embargo, algunos grupos con características particulares pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable sí lo son para ellos, puesto que por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican

un “tratamiento diferencial positivo”^[27], y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.

Al respecto, esta Corporación en la Tutela T-1316 de 2001 señaló que:

“(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos.”

De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no deben guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial.

3.5. *En lo referido a que el accionante sea un sujeto de especial protección, la Corte ha estimado que en virtud de la necesidad de garantizar el amparo constitucional reforzado de que gozan dichos sujetos, y con el objeto de admitir la viabilidad y prosperidad de la acción, “el juez de tutela debe considerar con particular atención las circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión en las que se encuentra el titular de los derechos invocados”^[28].*

3.6. *Ahora bien, conforme a la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación los adultos mayores hacen parte de la categoría de sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en razón a su edad y las debilidades que el avance de esta última genera en la realización de ciertas funciones y actividades. Estas características pueden motivar situaciones de exclusión social que repercuten negativamente en el acceso a oportunidades de orden económico, social y cultural, lo que justifica una diferenciación positiva para suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan. La supresión de dichas barreras no se limita al derecho sustancial, sino que también se aprecia en los mecanismos del derecho procesal que deben ser abiertos y buscar la protección de los derechos de los adultos mayores.*

En ese sentido, para establecer en mejor forma la procedencia de la presente acción será necesario revisar la relación de los adultos mayores con algunos de sus derechos constitucionales.

4. Especial protección constitucional de los adultos mayores. Reiteración de Jurisprudencia^[29].

4.1. *Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación^[30]. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.*

.....

4.4. *Ahora bien, al observar el ordenamiento jurídico, la Constitución en sus artículos 13° y 46°, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46° pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:*

*“Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de **las personas de la tercera edad**^[38] y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. || El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia” (Negrillas fuera de texto original).*

En razón de tal disposición constitucional este Tribunal indicó en la sentencia C-503 de 2014 que “el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas”.

CASO CONCRETO.

En el presente asunto, se tiene que el accionante presentó solicitud de petición ante la EPS a través de Audifarma el 14 de abril de 2020, dentro del cual solicitó el envío de los medicamentos transcritos por el médico tratante a su residencia; la cual fue negada por parte de la EPS al no encontrarse dentro de la población establecida en la Resolución 521 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En el *sub-lite*, COMPENSAR E.P.S. dentro del término de contestación de la acción constitucional allegó respuesta indicando que el derecho de petición fue objeto de respuesta por parte de la E.P.S., en el sentido de indicar que la solicitud no era procedente. Así mismo, que han garantizado los servicios de salud que ha requerido el actor, conforme el ordenamiento médico, como las valoraciones por especialistas y medicamentos prescritos. Por lo que **no puede considerarse que Compensar E.P.S. ha vulnerado los derechos fundamentales del actor al no enviarle al domicilio los medicamentos, en tanto lastimosamente no pudo acceder a dicha solicitud ya que, como bien se señaló, el afiliado no se encuentra dentro de la población establecida en la Resolución 521 de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social.**

Por lo anterior, este despacho confirma de acuerdo con las pruebas obrantes al plenario y de la respuesta allegada por parte de la accionada, **que el derecho de petición presentado fue resuelto en debida forma, de fondo y en el término que contempla la norma; por lo que la no procedencia de los requerimientos o la negativa a la solicitud hecha por el señor Mesa Ramírez signifique la vulneración del derecho fundamental alegado.**

En Sentencia **C-418 de 2017**, la Corte reiteró que el ejercicio del derecho de petición se rige por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

- “1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.*
- 2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.*
- 3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.*

4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) *El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.*

6) *Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiere darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.*

7) *La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.*

8) *La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.*

9) *La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado". (Subrayado fuera del texto)*

Conforme lo anunciado, no existe transgresión de las prerrogativas fundamentales al derecho de petición, teniendo en cuenta que Compensar EPS no ha trasgredido y/o violado el derecho de petición que abra campo a la protección alegada por el accionante, en relación con este derecho.

Sin embargo, la particular situación del actor, por su edad y condiciones de salud, le permiten al despacho afirmar que si bien el derecho de petición se respondió en forma congruente a la normatividad, por esas condiciones se pone en riesgo su derecho a la salud, lo que le abre el camino para tutelar ese derecho, y en consecuencia ordenar a las

autoridades correspondientes se entregue el medicamento en el domicilio del actor.

La anterior conclusión se basa en primer lugar en las condiciones especiales del actor, dentro de las cuales se destacan su salud, la cual acredita con la historia clínica aportada en el trámite de esta tutela, indicando en la demanda de tutela que tiene:

- Hiperplasia Prostatica Benigna, Vejiga Imperativa, para lo cual apporto una ecosonografía, que diagnostica crecimiento prostático grado II.
- Gonartrosis, para lo que aporta un diagnóstico de rx.
- En relación con las manifestaciones de ser un Adulto Mayor de 63 años, aparece en su historia clínica con fecha de nacimiento el 29-04-57, esto es, que a la fecha cuenta con 63 años.
- Frente a la afirmación de no ser casado y no tener hijos, por tratarse de una negación indefinida, se está exento de prueba.
- En relación en sector con dificultades de COVIC 19, según su domicilio, estaría en un sector que para la fecha de presentación de la tutela tenía aislamiento obligatorio.

De otro lado se aportó un documento del extinto seguro social, en donde se indica la calidad de pensionado por invalidez, indicándose la disminución de la agudeza visual, con un diagnóstico de miopía alta degenerativa en ambos ojos, con fecha de estructuración desde 1997.

Conforme entonces a esta situación, se puede concluir que el actor ahora acredita unas condiciones de salud, que se pueden resumir en dificultad

para caminar, visual, para orinar, además de ser una persona de la tercera edad, que vive sola y sin hijos.

Lo que solicita acá el actor es que se le entregue los medicamentos en su casa, ya que por sus condiciones se le dificulta salir de su casa.

Como se mencionó atrás la jurisprudencia de la corte constitucional ha señalado que es indispensable otorgar a los adultos mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales.

“En conclusión, las autoridades y el juez constitucional deben obrar con especial diligencia cuando se trate de adultos mayores, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectivo, de forma que se materialice la intención del Constituyente y se garantice el goce de los derechos constitucionales^[52]. Corresponde a ellas detener la reproducción de prácticas cotidianas que producen opresión, haciendo especial control a los comportamientos institucionales que puedan traer consigo consecuencias colectivas a un grupo especialmente protegido, como los adultos mayores.

Lo anterior hará posible que estos dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años. Las instituciones, entonces, deben buscar maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio.” T-252/17.

De otro lado no se debe olvidar el deber de protección del estado con los adultos mayores, tal como lo señala la sentencia citada, en donde se dijo:

“En el contexto de la especial protección que requieren los adultos mayores, resultan de especial importancia los principios de solidaridad y de dignidad humana consagrados en el artículo 1° de la Constitución. En efecto, en la sentencia C-503 de 2014 esta Corporación resaltó que:

“(E)l Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el

artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”^[54].

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones exigidas a los distintos componentes de la sociedad, orientados hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, ha establecido que “este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos. Tal es el caso de las personas que se encuentran en situación de indigencia”^[55].

5.1.2. Respecto de los adultos mayores existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas. Sin embargo, el Estado es el principal responsable de la construcción y dirección de este trabajo mancomunado, que debe tener como fin último el avance progresivo de los derechos de la población mayor^[56].

5.1.3. La importancia de brindar protección y condiciones especiales a las personas mayores se ha visto reflejada desde el derecho nacional e internacional^[57]. Como se indicó en el acápite 4 de esta providencia, existen algunos instrumentos que sin ser especializados en la materia, desarrollan obligaciones a cargo de los Estados a favor de las poblaciones especialmente vulnerables, entre las cuales pueden encontrarse los adultos mayores. Entre estos, en el sistema universal la Carta de las Naciones Unidas de 1945 en su artículo 55° exalta el deber de los Estados de promover estándares de vida más elevados para todas las personas. También, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 resalta la importancia de otorgar condiciones especiales a las personas de edad avanzada, en especial en su artículo 25°, en el que establece que: “Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad”.

Así entonces para este despacho, **si bien la entidad accionada COMPENSAR al responder el derecho de petición lo hace en la forma indicada en la ley y la constitución, y aunque la respuesta no es satisfactoria, y se apoya en una resolución, que señala que eventos merecen la entrega del medicamento en el domicilio del paciente, también lo es, que esa enumeración de eventos, no pueden llegar a restringir derechos de personas de la tercera edad, que por no tener esas patologías, pero si otras que le impiden, aun el normal desarrollo de su vida en su casa, no puedan también recibir el medicamento en su hogar, ya que de sujetarnos en forma restrictiva solo a esos casos, se desconocerían otras situaciones en particular, por lo que se debe en cada caso estudiar la real situación del actor frente a la resolución, para establecer si por sus particulares condiciones debe recibir el medicamento en su hogar.**

También hay que recordar el carácter fundamental del derecho a la salud y **su relación con la eliminación de** barreras administrativas en la prestación de servicios y la entrega de medicamentos, así en la T-163/18, se señaló:

3.4.2. Adicionalmente, resulta pertinente señalar que el Legislador consagró en el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el deber de garantizar la disponibilidad de servicios de salud en zonas marginadas y precisó que el Estado debía “adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad”.

3.5. Ahora bien, la materialización de los principios de accesibilidad integralidad y continuidad propios del derecho a la salud depende, entre otras cosas, de la eliminación de barreras administrativas que impidan al usuario (i) asistir oportunamente a la IPS que escoja en la que se presten los servicios requeridos y (ii) gozar del suministro pronto y eficiente de los medicamentos prescritos.

3.6. El numeral 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el literal h) del artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se ocupan de la libertad del usuario en la elección o escogencia entre entidades promotoras de salud e instituciones prestadores de servicios de salud.

3.6.1. Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado de manera reiterada con respecto a la libertad de escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entendida como “principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud”.^[28]

3.6.2. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la libertad antes mencionada no es absoluta y depende de las condiciones de oferta y servicio.^[29]

3.7. Por otra parte, la Resolución número 005269 de 2017, por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), en su artículo 47 se refiere a la garantía de continuidad en el suministro de medicamentos y al deber de las EPS de garantizar el acceso a los fármacos para los pacientes especializados como ambulatorios “de conformidad con el criterio del profesional tratante y las normas vigentes”.

3.8. Sobre la efectiva entrega de medicamentos, esta Corporación en la sentencia T-460 de 2012^[30] estudió el caso de una mujer, de 68 años de edad, afiliada a la EPSS Comfenalco quien expuso que le había sido prescrito el medicamento denominado Betometil digoxina y que para reclamarlo debía viajar hasta la ciudad de Medellín. La actora manifestó que viajar cada mes le representaba un gasto de \$40.000 pesos, por lo que solicitó que el fármaco le fuera entregado en el Hospital de Heliconia (Antioquia), donde era atendida.

3.8.1. En esta ocasión, la Sala se refirió al principio de integralidad propio del derecho a la salud y consideró que la materialización del mismo “conlleva a que toda prestación del servicio, dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.”

3.8.2. En consecuencia, la Sala concedió el amparo de los derechos fundamentales de acceso y prestación integral del servicio de salud y vida digna de la peticionaria y ordenó a la demandada que hiciera entrega de los medicamentos ordenados a la paciente en la IPS autorizada para la prestación de este servicio en el Municipio de Heliconia (Antioquia).

3.9. Más adelante, en la sentencia T-243 de 2016,^[31] la Corte estudió el caso de una accionante domiciliada en el corregimiento de Rionegro del Municipio de Puerto Rico (Caquetá) quien interpuso acción de tutela contra Asmet Salud EPS ante la ausencia de centros de entrega permanente de medicamentos en su lugar de residencia y por el suministro

incompleto de los mismos. La actora señaló que por su diagnóstico se le ordenaron varios medicamentos y que debido a que la EPS demandada retiró la droguería de su corregimiento, debía viajar por una hora y media y cancelar \$40.000 pesos por concepto de transporte para reclamar los fármacos.

3.9.1. Esta Corporación señaló que la prestación eficiente del servicio de salud depende de la eliminación de los trámites administrativos y que la entrega de los medicamentos prescritos en una ciudad diferente a la del domicilio del paciente puede representar una carga adicional cuando la persona “no tiene las condiciones para trasladarse, bien por falta de recursos económicos o por su condición física”.

3.9.2. Adicionalmente, la Sala se refirió al artículo 131 del Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, reglamentado por la Resolución 1604 de 2013 del Ministerio de Salud, que se refiere a la obligación de las EPS de establecer un procedimiento para asegurar la entrega completa e inmediata de los medicamentos.¹³²

3.9.3. En consecuencia, concedió el amparo de los derechos de la accionante y ordenó a Asmet Salud EPS que asumiera el pago de las sumas de dinero en que incurriera la accionante o la persona que esta autorice por concepto de transporte para reclamar los fármacos ordenados por el médico tratante. De la misma manera, ordenó a la demandada que realizara las gestiones para entregar los insumos prescritos en la periodicidad y cantidad ordenadas por su médico tratante y que cuando eso no fuera posible debía, “dentro de las 48 horas siguientes al reclamo de los mismos, disponer su entrega en el lugar de domicilio de la actora, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 131 del Decreto- Ley 019 de 2012 y la Resolución 1604 de 2013, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social”.

3.10. En conclusión, con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 quedó zanjada la discusión con respecto al carácter fundamental autónomo del derecho a la salud y se estableció un marco para su aplicación, regulación y protección. Sumado a ello, la jurisprudencia constitucional se ha referido a los casos en los que las controversias giran en torno a la elección de IPS, así como a la entrega oportuna y eficiente de medicamentos. En estos casos, la Corte determinó que existen deberes en cabeza de las EPS para asegurar la correcta prestación de los servicios en condiciones óptimas y la materialización de los principios de accesibilidad, integralidad y continuidad propios del derecho a la salud”.

CONCLUSIÓN

Así las cosas y conforme a las conclusiones esgrimidas por el despacho, se tiene que la entidad accionada no ha desplegado ninguna conducta u

omisión, de la cual se pueda predicar en apariencia la violación del derecho fundamental de petición del accionante, **sin embargo en aras** de brindar protección al derecho a la salud del accionante, se ordenara a COMPENSAR y AUDIFARMA, se proceda a entregar los medicamentos ordenados en el domicilio del accionante, en virtud del principio de solidaridad y protección a las personas de la tercera edad.

Se aclara que, si bien en la sentencia anterior se negó el amparo, el argumento fue que el actor no acreditaba sus condiciones de salud, circunstancia que se superó en este trámite, con el aporte de pruebas de la parte actora que evidenciaron su real estado de salud, por lo que en esas condiciones se varía el fallo ahora.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C.- LOCALIDAD DE CHAPINERO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR EL DERECHO A LA SALUD DEL SEÑOR HENRY ALFONSO MESA RAMÍREZ, por lo expuesto.

SEGUNDO: ORDENAR A COMPENSAR y a AUDIFARMA, QUE DENTRO DEL TERMINO DE 48 HORAS CONTADAS A PARTIR DE LA NOTIFICACION DE ESTE FALLO, SE PROCEDA A ENTREGAR LOS MEDICAMENTOS ORDENADOS POR EL MEDICO TRATANTE AL ACCIONANTE EN SU DOMICILIO.

TERCERO: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA

Juez

Firmado Por:

FERNANDO MORENO OJEDA

JUEZ

JUZGADO 033 PEQUEÑAS CAUSAS

**JUZGADOS PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES
DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:

574ec932a257963fe5a2b5a921ee9a9e0864ff1ebfce638129c6397a94af0678

Documento generado en 28/08/2020 02:58:03 p.m.