



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Bogotá D. C., catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41890-39-2020-00001-00

ACCIONANTE: MIRYAM ZABALA BARRERA, quien actúa en nombre propio y como agente oficiosa de su progenitora **HILDA MARIA BARRERA PEREZ**.
ACCIONADA: SALUD TOTAL E.P.S.

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

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, que desde el 23 de marzo de la presente anualidad ha intentado establecer comunicación para la obtención de los medicamentos ordenados tanto a la accionante como de los de su progenitora, en aras de tratar sus padecimientos, quienes a su orden cuentan con 65 y 88 años de edad.

Manifiesta que después de reiterados intentos por comunicarse con la E.P.S. accionada, les puso en conocimiento su actual estado de salud, por lo que se le imposibilitaba trasladarse a reclamar tales medicamentos, a lo que le indicaron un correo electrónico de Audifarma para dicha solicitud, empero, no hubo respuesta alguna, así que en un nuevo intento de comunicación, le manifestaron que procederían a enviar a su correo electrónico personal formulario para la entrega de los mismos, el cual asegura no fue enviado, y en vista de ello, procedió a radicar petición tanto a la Superintendencia de Salud como a su Entidad prestadora de salud.

Pese a lo anterior, el 31 de marzo hogaño, la accionada a través de vía telefónica estableció contacto para informar que no era posible acceder al envío de los medicamentos de su progenitora, sin dar razón de ello, asimismo, ocurrió con sus medicamentos por lo que asegura ser víctima de discriminación por cuanto se están vulnerando sus derechos fundamentales.

2. La Petición

Solicitó se ampare los derechos fundamentales a la salud y a la vida, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada enviar a su domicilio tanto los medicamentos de su progenitora -Hilda María Barrera Pérez- como también, los que a ella le fueron ordenados. Por otro lado, se le informe correo electrónico o número

telefónico en donde podrá solicitar eventuales prescripciones de medicamentos o tratamientos.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la accionada y las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la primera, **SALUD TOTAL EPS-S**, indica que, la señora Miryam Zabala Barrera, se encuentra afiliada en calidad de Cotizante del Régimen Contributivo desde el 25 de junio del 2003, con estado de afiliación activo y cuenta con 536 semanas de afiliación, por su parte, la señora Hilda María Barrera Pérez, se encuentra igualmente afiliada en calidad de cotizante del del Régimen Contributivo desde el 20 de febrero del 2009, con estado de afiliación activo y cuenta con 442 semanas de afiliación.

Aduce que, en efecto la señora Miryam Zabala Barrera presenta un diagnóstico de osteoporosis posmenopausia, la cual ha venido siendo atendida por dicha entidad, al igual que le ha sido autorizado todos los servicios de consulta de medicina general y especializada que ha requerido, así como el suministro de medicamentos, exámenes diagnósticos y procedimientos terapéuticos, incluidos dentro del PBS con cargo a la UPC, que han sido ordenados según criterio medico de los profesionales de la red de prestación de servicios de la EPS accionada.

De modo similar, la señora Hilda María Barrera Pérez presenta un diagnostico de hipertensión arterial, siendo atendida por la entidad encartada, la cual asegura haber venido autorizando todos los servicios de consulta de medicina general y especializada que ha requerido, al igual que el suministro de medicamentos, los exámenes diagnósticos y procedimientos terapéuticos incluidos dentro del PBS con cargo a la UPC, que han sido ordenados según criterio medico de los profesionales de la red de prestación de servicios, dando así a las dos afiliadas integral cobertura a los servicios médicos que las mismas han requerido.

Seguidamente manifestó que ante la actual crisis del COVID-19, en lo referente a los envíos a domicilio, debe actualizarse los datos en el link <http://audifarma.com.co/mayoresde70/>. Con todo, solicitó se denegaran las pretensiones por operar la carencia actual de objeto y el fenómeno del hecho superado.

En cuanto a **La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-**, manifestó que, frente a los hechos y pretensiones descritos dentro de la presente acción, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

A su turno, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, indicó que debe tenerse en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre este y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su medico tratante “procedimientos (insumos)” obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno. Por otro lado, en lo que tiene que ver con la PQRD interpuesta por la accionante, asegura haber dado traslado del asunto a la Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario,

sin embargo, ante la persistencia de las fallas en lo relacionado con la entrega de insumos para la agenciada y los medicamentos para la accionante, procedió a requerir a la EPS para después darle respuesta al usuario. Por último, solicitó su desvinculación pues no ha vulnerado algún derecho de los que se alegan en la presente acción.

Por su parte **AUDIFARMA S.A.**, no emitió pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no sus derechos fundamentales de la vida y la salud, tanto a la accionante como a su progenitora agenciada por no habérseles suministrado de forma oportuna los medicamentos prescritos por sus médicos tratantes.

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

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

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

“El tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el

POS o no". Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad". Particularmente, este tratamiento debe garantizarse siempre a quienes sean diagnosticados con cáncer, debido a que esta es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta. Este tratamiento debe ser prestado por el personal médico y administrativo, teniendo en cuenta los riesgos latentes de que se cause un perjuicio irremediable sobre la salud y la vida del paciente."

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos o insumos, pues es el profesional idóneo para indicar en materia de salud las necesidades de cada paciente.

Precisamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Corporación en cita en el siguiente sentido:

"Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la controvertió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista"1.

Subsidiaridad.

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

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

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

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

1 Sentencia T-539 de 2013

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

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

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

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

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

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

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

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

*“De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) **el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones EPS-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo**”².*

A lo anterior agregó:

*“El juez constitucional **-para cada caso concreto-** debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su*

² Corte Constitucional Sentencia T-235 de 2018

utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección”³.

Tratamiento integral

En lo que al tópico respecta, La Corte Constitucional ha manifestado que:

“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁴ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁵

Indicando también que, el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables, sino que es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere, a fin de que le presten el servicio de salud ordenado por aquél de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado.

Caso Concreto

Previo a entrar en estudio del caso puesto a consideración del Despacho, es pertinente indicar que respecto de la señora **HILDA MARÍA BARRERA PÉREZ** la protección del derecho a la salud y la vida, fue materia de protección en un fallo de tutela anterior proferido por el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá donde adicional se concedió el tratamiento integral, por tanto, resulta procesalmente improcedente instaurar una nueva acción de tutela para exigir el amparo de esos derechos nuevamente, habida cuenta que el Decreto 2591 de 1991 contempla un mecanismo idóneo para obtener el cumplimiento de la orden dada en una sentencia de esta naturaleza, como es, la solicitud de cumplimiento o el incidente de desacato previstos en los artículos 27 y 52, los que se deben presentar ante el Juez de primera instancia.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, expresó:

*“De lo anterior se colige que, la Corte jurisprudencialmente (i) ha reafirmado que no procede tutela contra fallo de tutela, (ii) **ha reiterado que para estos casos existe un procedimiento expedito que consiste en el incidente de desacato o la solicitud de cumplimiento ante el juez de primera instancia para obtener la ejecución de las órdenes impartidas en el amparo constitucional.**”⁶*

Precisado lo anterior, se evidencia en el caso objeto de estudio que la inconformidad de la promotora del mecanismo constitucional estriba en el hecho que

³ ibídem

⁴ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

⁶ Sentencia T-956 de 2010.

la entidad accionada -Salud Total – ni la vinculada -Audifarma- no han procedido a realizar la entrega de los medicamentos ordenados por los galenos tratantes a la accionante **MIRYAM ZABALA BARRERA**, pese a haber elevado petición ante la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que se ven involucrados los derechos de una persona de especial protección y que se encuentra ante la inminencia de sufrir un **perjuicio irremediable** a causa de la dificultad para acceder a los medicamentos dirigidos a llevar una vida en condiciones dignas.

Al respecto es menester traer a colación la Ley 100 de 1993 creadora de la seguridad social en salud, la cual estableció sistemas de la prestación del servicio público de salud, garantizando con ello el acceso en todos los niveles de atención, en pro de los derechos de salud, vida y seguridad social de todas las personas, pues en su artículo 162 *ibídem* se prevé, que el Plan Obligatorio de Salud tiene como característica fundamental de ser un Plan Integral, pues su protección cubre “la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según su intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.”

Ahora bien, en dicho contexto, se entiende por salud la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto físicamente como en el plano de la operatividad mental, y de conformidad con la legislación vigente, es deber de los afiliados al sistema de seguridad social en salud, “Procurar el cuidado integral de su salud...”, lo que se traduce en que existe una carga también para el administrado, y es por ello que en términos imperativos la normatividad mencionada indica que todo colombiano debe participar en el servicio público esencial de salud (Art. 157 Ib.); pero una vez afiliado en los términos y condiciones legalmente exigidos, y satisfechos los deberes pecuniarios (pago oportuno de cotizaciones), y demás que indica la primera de las normas en cita, es **deber ineludible de la respectiva Entidad Promotora de Salud** con la que contrató el ciudadano o habitante del territorio colombiano, **garantizarle la debida prestación del servicio público en salud** en los términos que recoge el artículo 159 de la regulación citada.

En ese tenor, se desprende del plenario que la accionante Miryam Zabala Barrera se encuentra en estado de afiliación activo, además que a la mismas le fueron ordenados los medicamentos “2565 (CMD 10)-ESCITALOPRAM OXALATO EQ. A ESCITALOPRAM TABLETA O TABLETA RECUBIERTA 10 MG y, 7683 (CMD 10)-RASAGILINA TABLETA 1 MG”, de manera que es evidente que la afectación al derecho a la salud de la actora deviene **de la demora o tardanza** por parte de la EPS accionada en suministrar dichos servicios de salud ordenados por el galeno tratante, pues no obra prueba alguna que permita evidenciar lo contrario, máxime cuando Audifarma guardó silencio.

Frente a dichos servicios requeridos por la accionante, la H. Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea

indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.”⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, la EPS accionada es quien debe propender por el suministro oportuno y eficaz de las prescripciones ordenadas por el galeno, por intermedio de las IPS contratadas para tal efecto, empero, ello, es decir, la relación contractual no traslada la obligación de la EPS de velar por la entrega efectiva de todos los suministros médicos ordenados a sus afiliados.

Bajo ese horizonte, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que la pretensión invocada por la accionante **MIRYAM ZABALA BARRERA**, respecto de la entrega de medicamentos debe salir adelante, empero no, el tratamiento integral, pues no se observa que la patología que la aqueja genere una prioridad en su atención, siendo insuficiente para ello el solo hecho de tratarse de un sujeto de especial protección (adulto mayor), ya que dicha orden se edifica sobre la necesidad y urgencia en el tratamiento al tratarse de una enfermedad que requiera de su atención prioritaria.

Recapitulando, pese a que los medicamentos citados han sido ordenados por el médico tratante, estos no se han entregado en la forma dispuesta, (pues de ello no obra prueba alguna en el expediente) por lo que se ordenará que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, la EPS SALUD TOTAL gestione el suministro de los medicamentos autorizados a la accionante **MIRYAM ZABALA BARRERA**, los cuales son: “2565 (CMD 10)-ESCITALOPRAM OXALATO EQ. A ESCITALOPRAM TABLETA O TABLETA RECUBIERTA 10 MG y, 7683 (CMD 10)-RASAGILINA TABLETA 1 MG”, formulados por el médico tratante para la rehabilitación de la patología que padece.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER parcialmente el amparo constitucional reclamado por **MIRYAM ZABALA BARRERA** quien actúa en nombre propio y como agente oficiosa de su progenitora **HILDA MARIA BARRERA PEREZ**, para amparar únicamente a la primera, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: En consecuencia, se **ORDENA** a la **EPS SALUD TOTAL** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, SUMINISTRE a la señora **MIRYAM ZABALA BARRERA** los medicamentos peticionados denominados: “2565 (CMD 10)-ESCITALOPRAM OXALATO EQ. A ESCITALOPRAM TABLETA O TABLETA RECUBIERTA 10 MG y, 7683 (CMD 10)-RASAGILINA TABLETA 1 MG”, formulados por el médico tratante para la rehabilitación de la patología que padece.

⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-013/13, Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41890-39-2020-00001-00

Adviértase a la EPS accionada que debido a la emergencia sanitaria – COVID 19, la entrega de dichos medicamentos deberá ser de manera directa en el hogar de la accionante, al tratarse de un sujeto de especial protección.

TERCERO:

Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo y expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiense. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Montoya', with a large, sweeping loop on the left side.

**CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CÁRDENAS
JUEZ**