

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio 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.

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 medico 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 aporto:

- 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.

Además de invocar el derecho de petición como violado, indica que solicita se tutelen sus derechos por no recibir los medicamentos en su casa.

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.”*

1.3. Trámite Procesal

En providencia que data del 25 de junio de 2020 este Despacho admitió la presente acción constitucional, ordenando notificar a la entidad accionada.

2. CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde al despacho determinar si la accionada viola el derecho fundamental de petición del accionante, al negarse a enviarle a su domicilio los medicamentos.

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 legitimación por activa y por pasiva, (ii) la subsidiariedad y (iii) 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 elevada en la petición presentada pese cumplir con los requisitos, por tanto al ser titular de derechos invocados tiene legitimación por activa.

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”*.

Cumplidos entonces los presupuestos de carácter general se pasa a establecer si efectivamente se presentó una violación del derecho de petición y/o de otros, por parte de la persona jurídica, para lo cual es importante reseñar, que la jurisprudencia ha establecido que la respuesta a un derecho de petición se puede dar en forma insatisfactoria, sin que ello signifique la vulneración de dicho derecho.

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 pudiese 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).*

Y de otro lado la corte también ha reseñado la corte, en relación con un mínimo de prueba en materia de tutela, la carga del accionante, en la sentencia **T-571/2015**, se indicó:

“4. Improcedencia de la acción de tutela por falta de prueba

Si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.^[14]

En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”^[15] Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

*Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio “**onus probandi incumbit actori**” que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.*

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 a 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 termino 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 de petición.**

Para este despacho la respuesta de la entidad accionada no surge de manera caprichosa, como quiera que se sustenta en una norma expedida por la autoridad competente, y que se da en medio de una crisis de salud a nivel mundial, norma que determina unos supuestos para los cuales procede el envío de los medicamentos al domicilio de ciertas personas, supuestos que no tiene el accionante.

Por tanto no se vulnera ni el derecho de petición ni algún otro, cuando se cumple con la normatividad vigente.

De otro lado aunque de acuerdo a lo que se solicitó, si bien en la demanda solo se menciona el derecho de petición, los jueces en general, tiene la posibilidad de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido, así lo señaló la corte en la **T-104/18**:

“4.1. La Corte Constitucional ha reiterado la posibilidad que tienen los jueces de tutela de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido^[26]. Por ejemplo, en la sentencia SU-195 de 2012^[27] la Sala Plena indicó:

“En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.”^[28] (Subraya fuera de texto)

En este evento el accionante considera que se vulneran sus derechos fundamentales al negarse la entidad a ordenar el servicio de domicilio para

la entrega de unos medicamentos, por considerar que aquel no tienen las condiciones mencionadas en la resolución 521 del ministerio de salud.

Si bien el señor ha manifestado en su escrito que es pensionado por invalidez por enfermedad de los ojos, y sufre de Hiperplasia prostática, vejiga hiperativa, Gonartrosis, la única prueba de esas circunstancias es un examen de la rodilla derecha en donde se describe como llamativo una discreta disminución del espacio femorotibial tibial, y una fórmula médica, sin que se aporte otra prueba que determine su calidad de pensionado, el estado de sus ojos, de la vejiga, por tanto no hay prueba de su real estado de salud, para determinar si esta o no en condiciones de salir a la calle, y poder predicar en este asunto un principio de solidaridad hacia él.

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 una violación de algún derecho fundamental del accionante, esto es, no ha violado el derecho de petición del accionante, u otros ya que si le fue contestada su petición, y no existe prueba que permita inferir que por sus condiciones de salud deba recibir los medicamentos en su hogar.

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: Denegar la protección constitucional deprecada por el ciudadano **HENRY ALFONSO MESA RAMÍREZ**.

SEGUNDO: 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