

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.

Juez: Luz Angela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202300007
Accionante: Rene Alejandro Ojeda Gutiérrez
agente oficioso de Lady Alejandra
Ojeda Arrieta
Accionado: Compensar EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Tutela

Bogotá D. C., veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIÉRREZ agente oficioso de LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA, en protección de su derecho fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana, cuya vulneración le atribuye a COMPENSAR EPS.

2. HECHOS

Indica que su hija Lady Alejandra Ojeda Arrieta tiene 10 años de edad y fue diagnosticada con *fibrosis quística con manifestaciones pulmonares*, razón por la cual el médico tratante le ordeno el compresor *E FLOW RAPID*, para realizar las nebulizaciones respiratorias, siendo negada la entrega de esté por parte de la EPS accionada, justificado en su alto costoso. Por consiguiente, solicita la protección a los derechos fundamentales a invocados, y se le ordene a la entidad accionada autorizarle y entregarle el compresor *E FLOW RAPID*.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Mediante auto del 16 de enero de 2023, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada COMPENSAR EPS, y vinculadas, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que considerara pertinentes.¹

3.2. El Representante del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, solicito la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable del ente ministerial.

Pese a afirmar no ser el responsable, indico que el compresor E FLOW RAPID se encuentra financiado con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) acorde con el artículo 55 de la Resolución 2808 de 2022.

3.3. La Subdirectora de defensa jurídica de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, solicito desvincular la entidad ante la falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad, al no ejercer una acción u omisión atribuible a la misma contra la accionante.

Agregó que, frente a las enfermedades huérfanas, los menores de edad deben ser atendido de forma oportunidad e integral, sin ser interrumpida por razones administrativas o económicas.

3.4. En su oportunidad la Jefe de la Oficina Jurídica de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, señalo que la menor Ojeda Arrieta se encuentra afiliada a la EPS COMPENSAR en calidad de beneficiaria, desde el 1 de abril de 2020 hasta la actualidad.

¹ Ver archivo 006 en cuaderno digital.

Agrega que la EPS accionada no puede negar la prestación de los servicios prescritos a la accionante, pues debe garantizar la integralidad de los servicios y tecnologías que cuente con orden de médico tratante, con el fin de prevenir, paliar o curar la enfermedad con independencia del origen o condición de salud, por lo que, la entidad promotora de salud demanda debe cumplir con la entrega del compresor E FLOW RAPID.

Por último, solicita la desvinculación en el trámite tutelar, en razón a la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la encargada y responsable de suplir la atención médica es la EPS COMPENSAR.

3.5. La Apoderada de COMPENSAR EPS, en respuesta, señalo que la accionante se encuentra afiliada y activa en calidad de beneficiaria en su representada.

Agrego que se han prestado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho la menor accionante, acorde con las coberturas que por ley y contractualmente se encuentran incluidas y autorizadas.

Preciso que la orden médica para E FLOW RAPID, se encuentra autorizada y a la fecha se encuentra a la espera de ser gestionada su entrega, por lo que, su representada no ha vulnerado derechos fundamentales de la demandante.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

El Despacho debe establecer si COMPENSAR EPS vulnera o amenaza con vulnerar el derecho fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana de la menor LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA, al autorizarle y entregarle el compresor *E FLOW RAPID*.

5. DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86² de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente, con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre estos se ha causado por autoridades públicas o excepcionalmente por particulares; siendo un recurso que se encuentra supeditado a los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, de inmediatez y subsidiariedad.

² **ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Para el caso en conocimiento del Despacho, se acreditó la legitimación tanto por pasiva como por activa. En el entendido que, es el señor RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIÉRREZ, quien acude al amparo constitucional en protección de los derechos fundamentales de su hija LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA, es decir se cumple con los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591 de 1991; al igual que COMPENSAR E. P. S., para ser objeto pasivo de la tutela, por cuanto se trata de una entidad incluida en el numeral 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017³, respecto de la cual la accionante se encuentra en una situación de subordinación, derivada de su afiliación en salud.

Adicionalmente, se vislumbra satisfecho el *requisito de inmediatez* por cuanto la acción de tutela se interpuso en un tiempo prudencial, dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora de los derechos de la menor OJEDA ARRIETA, esto es la omisión en la autorización de entrega del compresor *E FLOW RAPID*, prescrito el 28 de diciembre de 2022, han transcurrido 16 días al interponer la acción de tutela el 16 de enero de 2023.

Frente al requisito de *subsidiariedad*, recuérdese el carácter de residual de la acción de tutela, siendo procedente como mecanismo principal de protección de derechos cuando i) *el afectado no dispone de otro recurso judicial dentro del ordenamiento jurídico; o (ii) pese a disponer del mismo, éste no resulte idóneo o particularmente eficaz para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados*. Aunado a ello, se tiene que la tutela opera como *medio transitorio* cuando, aunque existan mecanismos ordinarios vigentes, sea necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se configura ante la prueba siquiera sumaria de su inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad.

Al respecto, encontramos que LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA menor de 10 años de edad, se encuentra en una condición de debilidad manifiesta al momento de presentar la acción constitucional y, por lo tanto, se halla en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. Ello en el entendido que, fue diagnosticada con *fibrosis quística con manifestaciones pulmonares y gastrointestinales*, enfermedad que sin lugar a dudas resulta grave y requiere de atención oportuna y eficaz; siendo esas condiciones de vulnerabilidad que la llevan a ser un sujeto de protección prevalente y que originan que la intervención del juez constitucional deba ser inmediata, máxime cuando no se avizora la presencia de ningún otro mecanismo judicial con la *idoneidad* y *eficacia* requerida para evitar el desamparo de sus derechos fundamentales o la irreparabilidad *in natura* de las consecuencias que conllevan la enfermedad de *fibrosis quística con manifestaciones pulmonares y gastrointestinales*, diagnosticada a la accionante.

Ahora bien, el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, y protege múltiples ámbitos de la vida humana⁴. Al respecto la Ley 1752 de 2015 y la jurisprudencia constitucional han definido el derecho a la salud como:

“(…) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.

*Con todo, el derecho a la salud adquiere una doble connotación, como garantía fundamental y como servicio público a cargo del Estado. Esto conlleva la observancia de determinados principios consagrados en la Ley 1751 de 2015 que orientan la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y de calidad y que se materializan a través del establecimiento del denominado Sistema de Salud.*⁵

Por su parte, el artículo 3 *ibídem*, establece que dicha normatividad “*se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud*”. Es por ello que, al ser las IPS parte integrante de las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, al igual que a las EPS, les asiste el deber de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, aún en presencia de problemas administrativos y financieros.

En ese tenor la Alta Corporación se ha referido al derecho a la salud de ciertos grupos poblacionales, señalando que este derecho fundamental autónomo debe ser prestado por parte del Estado de manera eficiente, universal y solidaria, “*cobrando mayor relevancia tratándose de personas que a causa de su situación económica, física o mental se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, para lo cual, el Estado debe promover acciones encaminadas a asegurar la existencia digna de este grupo de sujetos de especial*

3 No. 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017

4 Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2021. “postura fue acogida en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, mediante la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C-313 de 2014

5 Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2021.

*protección constitucional”.*⁶

Sumado a esto, recuérdese que para la H. Corte Constitucional “*la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.*”

En cuanto a la atención médica de los pacientes menores de edad con enfermedades huérfanas, se emitió la Circular 0011 de 2016 por parte de la Superintendencia de Salud, en el que se dispuso:

“QUINTA: ATENCIÓN ESPECIAL PARA LOS MENORES DE EDAD. La atención para menores de edad que tengan diagnóstico confirmado o sospecha de enfermedad huérfana, debe garantizar lo dispuesto en la normatividad vigente en cuanto a los derechos de los niños, y asegurar de manera inmediata y oportuna la atención integral que se requiera ya sea para lograr el diagnóstico definitivo o para su tratamiento adecuado.

SEXTA: ACCESO OPORTUNO A LAS TECNOLOGÍAS EN SALUD. El acceso a actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de los servicios de salud, debe hacerse en condiciones de calidad, oportunidad e integralidad de conformidad con las condiciones particulares de cada paciente.

*SEPTIMA: CONTINUIDAD EN EL TRATAMIENTO. Las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de servicios de salud, **deben garantizar la continuidad en los tratamientos médicos en las personas con diagnóstico de enfermedades huérfanas, sin que sea posible su interrupción por razones administrativas o económicas.***

NOVENA: SANCIONES. La inobservancia e incumplimiento de las instrucciones impartidas en la presente Circular acarrearán la imposición de sanciones previstas en la ley, tanto a título personal como institucional, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus competencias.”

En ese orden de ideas, para el Despacho está probado que a la accionante le diagnosticaron *fibrosis quística con manifestaciones pulmonares y gastrointestinales*, debido a lo cual el médico tratante le prescribió el compresor *E FLOW RAPID* el 18 de agosto de 2022, para realizar las nebulizaciones respiratorias, siendo este autorizado por COMPENSAR EPS, sin que a la fecha haya programado la entrega del mismo al agente oficioso de la menor, por lo que, se ha visto interrumpido su tratamiento médico, según las reglas de continuidad y oportunidad señaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Bajo esas consideraciones, se avizora necesario que se realice el agendamiento de entrega del dispositivo médico, es por esto que, con el fin de garantizar el derecho a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana que le asiste a la accionante, el Despacho los TUTELARÁ y, en consecuencia, ORDENARÁ a COMPENSAR EPS que, realice las labores pertinentes encaminadas a que, en **el término improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión**, se programe y entregue el compresor *E FLOW RAPID* al agente oficioso RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIÉRREZ.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana de **LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA**, en consecuencia, **SE ORDENA** a **COMPENSAR EPS** que, proceda a **PROGRAMAR Y ENTREGAR** el compresor *E FLOW RAPID* de conformidad a lo ordenado por el médico tratante, al agente oficioso de la menor **RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIÉRREZ**, en el **TÉRMINO IMPRORROGABLE DE LAS CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta decisión, por los motivos

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T485 de 2019. M.P- Dr. Alberto Rojas Ríos.

expuestos en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO. DESVINCULAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

TERCERO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la IMPUGNACIÓN ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa el inciso primero (1°) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. En firme la presente decisión, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la Corte Constitucional, para su EVENTUAL REVISIÓN.

SEXTO. NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase.

Firmado Por:
Luz Angela Corredor Collazos
Juez
Juzgado Municipal
Penal 023 De Conocimiento
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7a7c468887e71c065afd0547f293c94ae0c2e4302752e9990c6003c64de6ac6d**

Documento generado en 20/01/2023 06:47:10 AM

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