



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Valledupar, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: IMPUGNACION DE TUTELA

ACCIONANTE: DR. SILVIO CUELLO CHINCHILLA PERSONERO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR A FAVOR DE LIZ CAROLINA ROMERO AVILA en representación del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO

ACDO: FAMISANAR EPS

RADICACION: No.20 001 41 89 001 2020-00279- 01

1.- ASUNTO:

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE VALLEDUPAR, el día cinco (05) de agosto del 2020, dentro de la acción de tutela instaurado por el DR. SILVIO CUELLO CHINCHILLA PERSONERO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR A FAVOR DE LIZ CAROLINA ROMERO AVILA en representación del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO contra FAMISANAR EPS.

2. - HECHOS RELEVANTES:

PRIMERO: Manifiesta el accionante que el menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO padece de TRASTORNO DEL ASPECTRO AUTISTA GRADO I., y que dicho trastorno inició con alteraciones de sueño por lo cual recurrieron a su pediatra de control y la profesional en salud aseguro que el menor se encontraba en optimo estado de salud.

SEGUNDO: Expresa que el menor acudió nuevamente a su pediatra la cual le remite a la neuróloga, La Dra. MARIA JULIA TORRES NIETO, quien solicita unos exámenes de rutina Electro Encefalograma y Polisonografía, arrojando resultados en orden, siguiendo las recomendaciones de crear rutina y trabajar en casa con actividades lúdicas.

TERCERO: Señala que al cumplir el menor dos (2) años de edad, empieza asistencia al jardín infantil CDI EL ROSAL, afirmando la madre que estando allí el menor presentó avances, pero también logro conseguir por medio de la psicóloga del jardín que remitieran al menor por medio de su E.P.S terapias ocupacionales y de lenguaje para mejorar dicha conducta aun sin ser diagnosticado, mostrando gran avance con dicho tratamiento.

CUARTO: Indica que la madre del menor el mes de septiembre de 2019, decidió llevar a su hijo a una consulta particular con neuropsicología con el Dr. ANTONIO AMARIS, quien envía pruebas de aplicaciones neuro psicológicas las cuales arrojan un resultado, impresión del TRASTORNO AUTISTA GRADO I, en ese orden de ideas se envían las pruebas por medio de su EPS con la Dra. MARIA



JULIA TORRES NIETO, quien confirma el diagnóstico en noviembre del 2019 y envía recomendaciones más terapias tipo ABA.

QUINTO: En razón a lo anterior, arguye que la señora LIZ CAROLINA ROMERO AVILA, se dirige a autorizar en FAMISANAR quien autoriza como terapias convencionales asegurando ser tipo ABA, luego se dirige a NEURONAS CENTRO DE REHABILITACION a cerciorarse porque no habían dado inicio a las terapias y la entidad le manifiesta que solo manejan TERAPIAS TIPO ABA y que le están autorizando mal,

SEXTO: Expresa que la señora LIZ CAROLINA ROMERO AVILA se acercó nuevamente hacer el proceso de autorización en FAMISANAR donde obtiene como respuesta que dicho procedimiento no existe. FAMISANAR envía un escrito a la profesional donde le dicen que debe desglosar las terapias enviadas, la profesional hace nuevamente su proceso y atiende la petición, sin embargo, la accionante no encuentra la respuesta esperada.

SEPTIMO: Afirma el personero que la señora LIZ CAROLINA ROMERO AVILA, desde el mes de noviembre del año 2019 hasta julio del 2020 no ha encontrado respuesta alguna a su petición, todo el tiempo transcurrido el menor ha pasado sin terapias y estas son necesarias para su recuperación y que la madre del menor ya no cuenta con los recursos económicos suficientes para seguir sufragando los costos para el tratamiento de su hijo.

3. PRETENSIONES

Con fundamento a lo anteriormente expuesto, la señora LIZ CAROLINA ROMERO AVILA solicita que se le tutele al menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la Seguridad Social y los derechos de los niños; en consecuencia, solicita que se ordene a la Empresa Promotora de Salud FAMISANAR E.P.S., garantizar las terapias tipo ABA al menor DARWIN JOSE CONTECHA ROMERO.

Así mismo, garantice las consultas médicas especializadas, la realización de los exámenes clínicos y Paraclínicos, el suministro de los medicamentos, tratamientos y procedimientos que requiera de acuerdo a la patología que padece el menor, estén o no por fuera del POS, así como también todo lo que requiera para la recuperación de su salud, lo cual debe prestarse en forma permanente y oportuna, garantizando su atención en forma Integral.

4. SENTENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo mediante sentencia del cinco (05) de agosto del 2020 considera que no hay certeza de la necesidad de las terapias tipo ABA prescritas al menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO, ya que las pruebas aportadas no logran satisfacer el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte para suministrar un



procedimiento excluido en el POS, además indica que el médico no demostró la efectividad médico-científica de las citadas terapias, en consecuencia, no ordenó la autorización de dicho tratamiento. Sin embargo, el A quo resolvió tutelar el derecho al diagnóstico efectivo como una de las facetas del Derecho a la Salud del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO, ordenando a la entidad accionada examinar y evaluar al menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO por un equipo multidisciplinario de la E.P.S., a fin de determinar la pertinencia del servicio requerido. Dicho concepto deberá estar fundamentado en criterios técnicos o científicos y en ningún caso en argumentos de tipo administrativo y en el caso de ser pertinente deberá ser autorizado.

5. – IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia, manifestando que el Ad quo no tuvo en cuenta los argumentos expuestos al interior de la tutela, por el contrario, somete al menor nuevamente a las dilataciones administrativas que son frecuentes en la prestación de los servicios de salud, violentando con ello la protección constitucional y las normas internacionales, las cuales confieren a los niños, la necesidad de garantizarle las mejores condiciones para el desarrollo integral de ellos, fomentando ambientes propicios para que puedan ejercer de modo pleno sus derechos

Indica además, que la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud, así mismo, la prestación del servicio es de tracto sucesivo, el cual está supeditado a los resultados y prescripciones médicas de los galenos tratantes del paciente, por ello manifiestan que la negación por parte de FAMISANAR de las terapias de paquetes denominados ABA vulnera los derechos fundamentales del menor toda vez que estos fueron prescritos por médicos especialistas.

6. - CONSIDERACIONES

La prevalencia de los derechos es un mandato constitucional consagrado en el artículo 49, allí se contempla que son derechos fundamentales la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social entre otros; los cuales están bajo el cuidado y protección del Estado. Es este encargado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y quienes deben disponer de todos los medios necesarios para su cuidado. se les garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción protección y recuperación de la salud.

Señala el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia que:

“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 o de los particulares en los casos que señala este decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”

La salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia

La Jurisprudencia Constitucional le ha otorgado al derecho a la salud el carácter de fundamental, así lo ha planteado en diversos pronunciamientos en los que considera que su fundamentalidad se da por la importancia que aquél tiene en el desarrollo y disfrute de los demás derechos. Es así, como el goce efectivo del derecho a la salud nos permite llevar una vida en condiciones de dignidad para disfrutar diversos aspectos de la vida diaria que, de otra forma, se verían impedidos y restringidos al no tener todas las condiciones necesarias para su desarrollo.

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*, al tiempo que, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, cabe destacar que en ley estatutaria, el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud. Este último se define como *“el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”*.



Acceso a tratamientos médicos o medicamentos excluidos del POS - actualmente PBS.

“Se vulnera el derecho a la salud a una persona vinculada al régimen subsidiado cuando se niega la prestación de un servicio de salud que no se encuentra dentro de la cobertura del plan de beneficios y el mismo es necesario para garantizar la vida e integridad personal, no pueda ser sustituido por otro que se encuentra dentro del plan obligatorio de salud y no se desvirtúe la presunción de incapacidad económica.”

Reglas adoptadas por la Corte Constitucional sobre la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS-actualmente PBS) a través de la acción de tutela.

“Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos (...)”¹.

Debido a lo anterior, por regla general, cuando una persona necesita un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo. No obstante esto, dicha regla no es absoluta, pues *“en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.”*

Respecto de los servicios no incluidos dentro del PBS, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas de interpretación aplicables para conceder en sede judicial la autorización de un servicio no incluido en el PBS²:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con

¹ Sentencia T-154/14

² Sentencia T-255/15



RAMA JUDICIAL.
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD.
Carrera 14 – Calle 14 esquina, Palacio de Justicia.
QUINTO PISO. TEL.095 - 5701158
VALLEDUPAR-CESAR

necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.

(...)

De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Prestadora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga, a la entidad territorial o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso.”

En ese orden, se infiere que si bien el servicio de salud encuentra unos topes, la jurisprudencia constitucional ha admitido que en los casos en los que el afiliado requiera un servicio o un medio que no se encuentra cubierto por el PBS, pero la situación fáctica se acomoda a los requisitos anteriormente relacionados, es obligación de la EPS autorizarlos, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

CASO CONCRETO

LIZ CAROLINA ROMERO AVILA en representación de DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO, el cual ha sido diagnosticado con TRASTORNO AUTISTA GRADO I, presento acción de tutela contra FAMISANAR E.P.S, al considerar que dicha entidad está vulnerando los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la Seguridad Social del accionante, ya que producto de dicha patología su médico tratante le ordeno las terapias tipo ABA y la entidad se encuentra renuente a ordenarlos.

El *A quo* mediante sentencia del cinco (05) de agosto del 2020, el *A quo* resolvió tutelar el derecho al diagnóstico efectivo como una de las facetas del Derecho a la Salud del menor, ordenando a la entidad accionada examinar y evaluar al menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO por un equipo multidisciplinario de la E.P.S., a fin de determinar la pertinencia del servicio requerido.

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia, manifestando que el *Ad quo* no tuvo en cuenta los argumentos expuestos al interior de la tutela sometiendo nuevamente al menor a las dilataciones administrativas que son frecuentes en la prestación de los servicios de salud, violentando con ello la protección constitucional y las normas internacionales.



Se puede aseverar que todos los afiliados al Sistema tienen el derecho de acceder a los tratamientos, medicamentos, insumos, procedimientos y en general, cualquier atención, así sus componentes no estén incluidos en el PBS, siempre que sean necesarios para conservar su dignidad y su calidad de vida. Por esta razón, aunque existen servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del PBS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud, las cuales son admisibles ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema, dicha regla no es absoluta.

las exclusiones del PBS son admisibles siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud, en sus dimensiones físicas y mentales el juez de tutela deberá intervenir para su protección. De ese modo, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.

En el asunto sub examine se encuentra que las terapias tipo ABA las cuales fueron prescritas al menor están excluidas del PBS, Por esta razón corresponde a esta agencia judicial determinar si se cumplen los criterios jurisprudenciales para ordenar su autorización.

Al respecto el accionado indica que ya no se generan los paquetes de terapias tipo ABA, sino que se realizan de manera individual por cada terapia y que estas se le han venido realizando al menor por parte de FAMISANAR. Aunado a lo anterior, no se encuentra acreditado por parte del accionante o el galeno que prescribió la orden médica, la necesidad de las terapias tipo ABA y que dicho tratamiento no pueda ser sustituido por otro que sí este incluido dentro del PBS o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad. Tampoco hay evidencia de que la falta del mismo ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del menor, ya que está recibiendo la respectiva atención médica. En consecuencia, al no acreditarse los criterios jurisprudenciales señalado por la corte constitucional, no es procedente la autorización del tratamiento solicitado por el accionante.

En consecuencia, en el caso bajo estudio, ninguno de los argumentos de la alzada tiene vocación de prosperidad, según acabamos de ver, y eso sumado a la ausencia de prueba en contrario que desvirtúe la alegada vulneración a los derechos invocados por el accionante, fuerza la confirmación de la sentencia impugnada. Así las cosas, encuentra esta Agencia Judicial, que la decisión del A quo se ajusta a derecho y al no encontrarle reparo alguno que hacerle, se procederá a su confirmación.



RAMA JUDICIAL.
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD.
Carrera 14 – Calle 14 esquina, Palacio de Justicia.
QUINTO PISO. TEL.095 - 5701158
VALLEDUPAR-CESAR

Por lo expuesto el Juzgado Primero Civil del Circuito en Oralidad de Valledupar - Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE VALLEDUPAR, el día cinco (05) de agosto del 2020, dentro de la acción de tutela instaurado por el DR. SILVIO CUELLO CHINCHILLA PERSONERO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR A FAVOR DE LIZ CAROLINA ROMERO AVILA en representación del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO contra FAMISANAR EPS.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL
ECONÓMICA Y ECOLÓGICA
FIRMA - DICTO. L. 491 DEL 28 DE
MARZO DE 2020. ART. 11.
SORAYA INÉS ZULBETA VEGA.
JUEZ



RAMA JUDICIAL.
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD.
Carrera 14 – Calle 14 esquina, Palacio de Justicia.
QUINTO PISO. TEL.095 - 5701158
VALLEDUPAR-CESAR

Valledupar, 14 de diciembre de 2020.

OFICIO N° 1847

SEÑORES.

SILVIO CUELLO CHINCHILLA

personeriavalledupar@gmail.com

FAMISANAR EPS

Notificaciones@famisanar.com.co

MARIA DEL PILAR PAVAJEAU OSPINO

JUEZ PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE
VALLEDUPAR

ASUNTO: IMPUGNACION DE TUTELA
ACCIONANTE: DR. SILVIO CUELLO CHINCHILLA PERSONERO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR A
FAVOR DE LIZ CAROLINA ROMERO AVILA en representación del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA
ROMERO

ACDO: FAMISANAR EPS

RADICACION: No.20 001 41 89 001 2020-00279- 01

La presente es para comunicarle que por medio de providencia de la fecha, la
Juez Primero Civil del Circuito RESOLVIÓ:

“PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el
JUZGADO PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DE VALLEDUPAR, el día cinco (05) de agosto del 2020, dentro de la acción de
tutela instaurado por el DR. SILVIO CUELLO CHINCHILLA PERSONERO
MUNICIPAL DE VALLEDUPAR A FAVOR DE LIZ CAROLINA ROMERO AVILA
en representación del menor DARWIN JOSÉ CONTECHA ROMERO contra
FAMISANAR EPS. **SEGUNDO: NOTIFICAR** el presente proveído de conformidad
con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991. **TERCERO: REMITIR**
a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.”

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes.

ATENTAMENTE.

IRIDENA LUCIA BECERRA OÑATE
SECRETARIA.