

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO PENAL DE MENORES
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
POPAYÁN-CAUCA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 58
RADICADO 19001-40-71-002-2019-00132-01

Popayán, Cauca, octubre dieciséis (16) de dos mil diecinueve (2019).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Procede el Despacho a decidir la impugnación formulada en contra del fallo No. 127 del 10 de septiembre de 2019, proferido por EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE POPAYÁN, en la ACCIÓN DE TUTELA propuesta por la señora ELIZABETH BONILLA CHICUE, en calidad de agente oficiosa del menor ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, en contra de EMSSANAR EPS-S, y vinculadas a LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA y LA FUNDACIÓN VALLE DEL LILI.

ANTECEDENTES:

Señala la actora que, el 8 de agosto del presente año, el especialista en neumología pediátrica, le ordenó a su hijo ANDERSON ELIAN BONILLA, una serie de medicamentos y control médico, debido al diagnóstico de FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, que padece.

Afirma que EMSSANAR EPS, le ha dado respuestas negativas frente a los servicios médicos que requiere su hijo, argumentando que no tienen convenio vigente para el suministro de los mismos. Agrega que el estado de salud de su hijo es crítico, debido a la falta del tratamiento que requiere.

PRETENSIONES

Solicita tutelar los derechos a la SALUD, a la DIGNIDAD HUMANA y a la SEGURIDAD SOCIAL, de su hijo, ordenando a la entidad accionada que le garantice los servicios médicos ordenados por el galeno tratante, la continuidad del tratamiento en la ciudad de Cali y los viáticos que requiere para asistir a las citas médicas en dicha ciudad.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de EMSSANAR EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, si aun no lo ha hecho, AUTOPACE y GARANTICE la Consulta de primera vez por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundación Valle de Lili y los medicamentos de DORNASA ALFA 1MG/1ML AMPOLLA, y TOBRAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, en las cantidades y especificaciones ordenadas por el médico tratante, así como la atención integral de la enfermedad FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, que presenta el menor y los gastos de transporte y alojamiento para el menor y su acompañante siempre que lo remita a otra ciudad para la prestación de servicios de salud relacionados con dicha patología.

Lo anterior fue decidido por la A-quo, al considerar que la EPS EMSSANAR vulnera los derechos fundamentales del niño ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, al impedirle el acceso oportuno a los servicios de salud que requiere para el tratamiento de su enfermedad.

Frente al tratamiento integral, estimó que era necesario ordenarlo, teniendo en cuenta que se trata de un menor de edad que debido a su patología requiere un tratamiento continuo y efectivo. En cuanto al servicio de transporte, apreció que era procedente ordenarlo, en virtud a la manifestación de la accionante respecto a la carencia de recursos, la cual no fue desvirtuada, y al tratarse de un paciente que se encuentra en el régimen subsidiado.

DEL ESCRITO DE IMPUGNACIÓN:

Mediante memorial radicado oportunamente, EMSSANAR EPS, a través de apoderado judicial, impugnó el fallo respecto a LA ATENCIÓN INTEGRAL, alegando que el Juez de Instancia al ordenar la misma, se sale de la órbita constitucional al asumir que su representada no le prestara la atención médica que requiere el afectado en un futuro. Agrega que el Juez de tutela no está autorizado para ir más allá de lo ordenado por el médico tratante y mucho menos para proteger situaciones futuras e inciertas.

Indica que al ordenarle a la EPS garantizar la atención integral, se le está obligando a sufragar gastos por prestaciones de servicios de salud que no se encuentran dentro de la cobertura PRSS, lo que le ocasiona un desequilibrio económico; toda vez, que sus recursos están destinados única y exclusivamente para la prestación de los servicios a la población más pobre y vulnerable vinculadas al régimen subsidiado en salud, que se encuentran dentro de la cobertura del PBS.

Afirma que se debe ordenar al Ente Territorial, asumir la prestación de los servicios NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS, en razón a los recursos destinados para tal fin; por cuanto, son los llamados a la complementación de lo no cubierto en el Plan de Beneficios, frente a las EPS del régimen subsidiado.

Finalmente, solicita se revoque parcialmente el fallo de primera instancia, respecto a la atención integral de la patología que aqueja al agenciado y en caso de no acceder a sus pretensiones se ordene a LA SECRETARÍA

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS

FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, a través del Representante Legal para Asuntos Procesales, indica que el niño ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, fue atendido en la Institución, en dos oportunidades, siendo la última del 8 al 23 de agosto del presente año.

Afirma que no existe legitimidad en la causa por pasiva frente a su representada, toda vez que las pretensiones van enfocadas directamente a la entidad accionada, por lo tanto solicita su desvinculación.

SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, a través de la Líder del Proceso Gestión Jurídica de la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, señala que el niño ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, se encuentra afiliado a la EPS EMSSANAR en el municipio de Popayán, siendo su estado activo en el régimen subsidiado.

Respecto a los servicios de salud, señala que el OXIDO DE ZINC CREMA y CARVEDILOL 6.5 MG TABLETA, no se encuentran descritos en la Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018, por lo que deben ser entregados por la EPS EMSSANAR, con la posibilidad de presentar solicitud de pago. Agregó que la VALDRACIÓN POR NEUMOLOGÍA PEDIÁTRICA y los medicamentos DORNASA ALFA 1 MG/1ML AMPOLLA y TOBRAMICINA 75 MG/1ML AMPOLLA, se encuentran descritos en la mencionada Resolución, por lo que deben ser autorizados por la EPS, sin la posibilidad de presentar solicitud de pago.

Señala que de acuerdo a la normatividad vigente, la obligada a garantizar la prestación del servicio es la EPS, a través de su red contratada, siendo responsabilidad de la Secretaría de Salud Departamental del Cauca el pago de los gastos generados por la prestación de los servicios NO PBS con cargo a la UPC, previa presentación de la cuenta con los requisitos exigidos y contemplados en el Procedimiento para la Verificación y Control de las Solicitudes de Pago de Servicios y Tecnologías sin cobertura en el POS.

De acuerdo con lo anterior solicitó su desvinculación del presente trámite, toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales del agenciado y no ha desconocido sus competencias y responsabilidades.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La señora Jueza de primera instancia, mediante sentencia No. 127 del 10 de septiembre de 2019, resolvió:

***PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la SALUD y VIDA DIGNA del menor ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, identificado con registro Civil con No 1061812725 como sujeto de especial protección constitucional.

DEPARTAMENTO DE SALUD DEL CAUCA, que garantice el pago oportuno y directo de los servicios no POS y exclusiones que se brinden a favor del usuario.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

COMPETENCIA:

De conformidad con lo establecido en el primer inciso del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho Judicial es competente para conocer del trámite de la presente impugnación.

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

La Constitución Política establece la acción de tutela en su artículo 86. Del contenido de este precepto superior puede decirse, que esta acción es pública y de rango constitucional, cuyo ejercicio permite a los ciudadanos acudir ante los jueces en busca de protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos. Su procedencia está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o en los casos exceptuados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa".

En el presente caso se acredita que la señora ELIZABETH BONILLA CHICUE, persona mayor de edad, quien manifestó actuar como agente oficiosa del niño ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA, identificado con el R.C. No. 1061812725, se encuentra legitimada para ello; en razón, a que se trata de un menor de edad, a quien presuntamente se le están violando sus derechos fundamentales.

Conforme con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución, así como en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública. En este caso, la demanda se dirige contra EMSSANAR EPS y vinculadas a LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA y LA FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, entidades a las cuales se les atribuye la responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales del agenciado, aducidos por la accionante, con lo que se completa la legitimación por pasiva, de conformidad con lo señalado en el artículo 5º ídem.

De otra parte, una característica propia que exhibe este mecanismo constitucional es la de ser exceptiva, esto es, que sólo puede acudir a ella o sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De ahí su naturaleza restrictiva, subsidiaria o residual. En el presente caso, ante la urgencia de que sean protegidos los derechos del niño **ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA**, quien es un sujeto de especial protección y se encuentra en delicado estado de salud, la tutela se erige como el mecanismo idóneo y es procedente de forma definitiva.

El artículo 86 de la Carta Política, dispone que la acción de tutela está prevista para la protección inmediata de los derechos fundamentales, "cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública". De acuerdo con dicha regla, la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez, "ello implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la acción u omisión que causa la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, perjudicando la protección de los derechos involucrados". En el caso objeto de estudio, se advierte que se cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto la vulneración de los derechos del agenciado quien es un sujeto de especial protección, ha sido permanente en el tiempo, como quiera que, a la fecha de la formulación de la presente acción, no se le han garantizado todos los servicios médicos requeridos.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Teniendo en cuenta el motivo de impugnación, corresponde establecer si la orden de garantizar EL TRATAMIENTO INTEGRAL de la patología que le ha sido diagnosticada al niño **ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA**, proferida por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE POPAYAN, debe ser revocada o si por el contrario en el presente asunto es procedente, conforme a la jurisprudencia y normatividad aplicable al caso.

Con el fin de resolver lo anterior, se tendrá en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional, sobre las condiciones para acceder a la pretensión de TRATAMIENTO INTEGRAL.

Condiciones para acceder a la pretensión de Tratamiento Integral:

El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 define el principio de integralidad de la siguiente forma:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario."

El Juzgado de Instancia, concedió el amparo deprecado, ordenando el TRATAMIENTO INTEGRAL. Por su parte, la EPS, impugnó dicha decisión, solicitando se revoque la mencionada orden.

Ahora bien, de los hechos y del material probatorio se constata lo siguiente:

El niño **ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA**, quien tiene tres años de edad, ha sido diagnosticado con FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, DEFICIENCIA NUTRICIONAL NO ESPECIFICADA Y OTROS TRASTORNOS DE LA INGESTIÓN DE ALIMENTOS.⁷

El 8 de agosto de 2019, la especialista en NEUMOLOGÍA PEDIÁTRICA, le ordenó SALBUTAMOL, SOLUCIÓN SALINA HIPERTÓNICA AL 7% + ÁCIDO HIALURÓNICO (HYANE)B, DORNASA ALFA (PULMOZYME) 2.5 MG, TERAPIA RESPIRATORIA, TOBRAMICINA 300 MG/4ML, CEFEPIME 20 MG/KG Y VALORACIÓN POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA PEDIÁTRICA.⁸

El 22 de agosto de 2019, el especialista en GASTROENTEROLOGÍA Y NUTRICIÓN PEDIÁTRICA, le ordenó los siguientes laboratorios: ÁCIDO FOLICO EN SUERO, COLESTÉROL DE ALTA DENSIDAD, COLESTÉROL TOTAL, TRIGLICÉRIDOS, SODIO EN ORINA PARCIAL, CREATININA EN ORINA PARCIAL, CREATININA EN SUERO U OTROS FLUIDOS, FERRITINA, VITAMINA B12, URUANÁLISIS, VITAMINA A, VITAMINA D 125, VITAMINA E.⁹

De acuerdo a lo señalado por la actora, a la fecha de la formulación de la presente acción **EMSANAR EPS**, no la había garantizado los mencionados servicios al niño **ANDERSON ELIAN**. Dicha manifestación no fue desvirtuada por la EPS.

El 10 de septiembre de 2019, la accionante informó al Juzgado de Instancia que **EMSANAR EPS**, le había entregado la autorización para consulta por Especialista en Neumología Pediátrica en la ciudad de Cali, y que sólo tenía pendiente la entrega de los medicamentos DORNASA Y TOBRAMICINA.¹⁰

Así las cosas, es claro que en el presente caso se cumplen los presupuestos señalados por la H. Corte Constitucional, para la procedencia de ordenar EL TRATAMIENTO INTEGRAL, pues **EMSANAR EPS**, ha sido negligente en la autorización y suministro de los servicios médicos que le fueron ordenados al niño **ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA**, al someterlo a esperar aproximadamente un mes para poder tener acceso al tratamiento que le fue ordenado de manera prioritaria por la especialista en Neumología Pediátrica, exponiendo la salud y vida del menor, pues de la historia clínica se observa que el 8 de agosto del presente año, tuvo que ser hospitalizado por urgencias, debido a que presentaba EXACERBACIÓN RESPIRATORIA, y los

⁷ Historia Clínica Pág. 7 y 11
⁸ Historia Clínica Pág. 7 al 9
⁹ Historia Clínica Pág. 10 y 11
¹⁰ Pág. 28

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, manifestó que el principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, de igual forma indicó que opera no sólo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afecciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En sentencia T-178 de 2017, el Alto Tribunal señaló que, es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Al respecto, en sentencia T-259 de 2019, determinó:

"El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interrupción de acciones de tutela por cada servicio prestado por el médico tratante del accionante. "Las EPS no pueden limitar la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos". En ese sentido, el objetivo final del tratamiento integral consiste en "asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes".

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente; igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padecan enfermedades catastróficas; o con aquellas (iii) personas que "exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas".

El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recos la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni revocar prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presionar la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior."

EL CASO CONCRETO

En el asunto que ocupa la atención, la señora **ELIZABETH BONILLA CHICUE**, en calidad de agente oficiosa de su hijo **ANDERSON ELIAN BONILLA BONILLA**, interpuso acción de tutela contra **EMSANAR EPS-S**, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por la negativa de la EPS de suministrarle los servicios de salud ordenados por el médico tratante.

¹ Sentencia T-365 de 2009
² Sentencia T-134 de 2016.
³ Sentencia T-178 de 2017.
⁴ Sentencias T-703 de 2007 y T-737 de 2011, pasadas reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018
⁵ Sentencias T-062 y T-178 de 2017.

medicamentos ordenados se requerían para continuar con el manejo de su patología.¹¹

Aunado a ello, se tiene el niño **ANDERSON ELIAN BONILLA**, es un menor de edad, que ostenta una protección especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales de los niños "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

De igual forma, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015, reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, entre otros, cuya atención no puede ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica. Dicha disposición reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en los siguientes términos:

"Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes (...) y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención" (Negrita fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, es evidente que en el presente caso, la decisión de la A-quo, de ordenar EL TRATAMIENTO INTEGRAL de la patología que padece el menor de edad, así no fuera pretendida por la actora, fue acertada, ya que se atempera al ordenamiento jurídico y a la Constitución, pues se reitera que en el presente caso se cumplen los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para su procedencia, toda vez que como se mencionó anteriormente, el agenciado es un sujeto de especial protección debido a su corta edad, y ha sido diagnosticado con varias patologías las cuales requieren de diferentes servicios médicos para restablecer su estado de salud, como el ordenado por los médicos tratantes, el cual no fue suministrado de manera oportuna por **EMSANAR EPS**, y mal haría esta Jueza Constitucional al revocar el fallo de primera instancia, en lo referente a la ATENCIÓN INTEGRAL, toda vez que es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, propender hacia la autorización total de los servicios médicos que el paciente requiera con ocasión del cuidado de sus patologías y que sean consideradas como necesarios por los médicos tratantes.

Además de lo anterior, el tratamiento integral implica acatar las indicaciones del médico tratante; es decir, una vez el profesional establece lo que el usuario requiere, esa orden se constituye en un derecho fundamental que debe ser materializado, so pena de quebrantar el mismo, ya que el sistema de salud DEBE prodigar a todos sus usuarios una atención completa, eficaz, eficiente y oportuna, especialmente en el presente caso, en el que el agenciado es una niña de tan solo 3 años, y al tratarse sin lugar a dudas de un sujeto de especial protección constitucional, el juez de instancia no puede delimitar las pretensiones de la demanda y por ende debe conducir siempre

¹¹ Historia Clínica Pág. 7 al 9

su actuación a que se logre una protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados, tal como sucedió en el presente caso al otorgarse el tratamiento integral.

Es de resaltar que es deber del Juez Constitucional pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental, tal como ha sucedido en el presente caso, al brindársele la atención integral al menor.

Ahora, se debe tener en cuenta que si bien la A-quo, ordeno dicha atención a favor del agenciado, lo hizo únicamente respecto a su patología FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, sin tener en cuenta que de la historia clínica aportada se evidencia que el menor también padece de DEFICIENCIA NUTRICIONAL NO ESPECIFICADA Y OTROS TRASTORNOS DE LA INGESTIÓN DE ALIMENTOS, siendo lo correcto conceder el amparo frente a todas sus patologías, toda vez que la actuación del Juez Constitucional, debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales, por lo tanto se modificara la decisión de primera instancia, ordenando la atención integral frente a las mencionadas patologías, de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, como quiera que el Juzgado de instancia omitió dicha especificación. Lo anterior teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia T-913 de 1999, respecto al principio no reformatio in pejus en tutela, en la que indicó:

"Cuando la Corporación ha admitido la viabilidad de la no reforma en perjuicio del apelante único en materia de tutela, la ha restringido a aquel tipo de condenas que son realmente adicionales y que comportan un aspecto eminentemente económico. Fuera de tales eventos, el juez de segunda instancia es libre de modificar el fallo objeto de impugnación, aunque la decisión que se adopte pueda perjudicar al único apelante, toda vez que lo que se busca es hacer prevalecer las prescripciones superiores, la dignidad humana y los derechos básicos de las personas."

Debe precisarse, que los servicios de salud que se amparan son los ordenados por los médicos tratantes, única y exclusivamente frente a las patologías sobre las cuales se ordena el tratamiento integral, siendo evidente la existencia de una delimitación específica respecto a los servicios de salud que se desprenden del tratamiento integral ordenado; por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la EPS accionada, al indicar que en atención a dicha orden se están protegiendo situaciones futuras e inciertas, pues en el presente caso se puede inferir razonablemente, que debido a las diferentes patologías que le han sido diagnosticadas al agenciado, requerirá de diferentes tratamientos para restablecer su estado de salud, los cuales deben ser garantizados por EMSSANAR EPS, sin que ello implique un desequilibrio económico de sus recursos, ya que esa es su obligación como entidad promotora de salud, conforme a la normatividad vigente.

Finalmente, es importante acotar frente al pago por parte del ente territorial pretendido por la EPS, que la H. Corte Constitucional ha referido que dentro del fallo de tutela no se debe disponer nada sobre el mismo, ya que no corresponde al juez constitucional elucidar lo atinente a tal concepto, como quiera que su labor está encaminada al examen del quebrantamiento o no de derechos fundamentales, y no a definir cuestiones interadministrativas o de

orden económico entre entidades del SGSS, como esa; por tanto, resulta plenamente válido el abstenerse de profere decisiones en ese sentido; en particular, en la Sentencia T-760 de 2008 llamó la atención acerca de que no podía condicionarse el reconocimiento al derecho de recibo por los costos que las entidades tuvieran que asumir por servicios no POS, a que la orden estuviera consignada en la parte resolutoria de los fallos de tutela; y en otro momento, en la Sentencia T-727 de 2011 indicó:

"Por último, en relación con la orden de recibo... anula la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total EPS, tiene la posibilidad de reperir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema general de seguridad social en salud, lo hubiere lugar por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluidos del POS

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la expresada por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no es dable al Fosyga pagar el recibo que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutoria del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recibo, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trata establezca para el efecto

Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total EPS, para que recobre... el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlo."

Por ello es suficiente, con que el servicio esté por fuera del plan obligatorio de salud y que lo deba asumir la entidad prestadora del servicio, para que pueda recobrar su costo frente a quien corresponda; por ello, resulta fútil que el juez de tutela lo tenga que declarar expresamente¹².

Entonces, sin lugar a otros miramientos, en atención a las consideraciones expuestas por este Despacho se MODIFICARÁ el ordinal segundo de la sentencia impugnada, emanada del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad y se CONFIRMARÁ en lo demás.

Así mismo este Despacho se ABSTENDRÁ de emitir orden alguna respecto a la pretensión formulada por EMSSANAR EPS, referente al pago por parte del ente territorial de los servicios que no se encuentran dentro del POS, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de esta providencia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO PRIMERO PENAL DE MENORES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE LA CIUDAD DE POPAYÁN

¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil. Magistrado Ponente Jaime Alberto Saraza Narango. Expediente 06170.31.10.001.2015-00812-01. Febrero 3 de 2016. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Sala de Asuntos Penales para adolescentes. Magistrado Ponente: Ary Barrozo Ortega Plaza. Expediente 19001-31-86-0012017-00079-00. Septiembre 29 de 2017.

CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la parte Resolutiva del fallo de tutela N° 127 del 10 de septiembre de 2019, proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, el cual quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de EMSSANAR EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE y GARANTICE la Consulta de primera vez por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundación Valle de Lili y los medicamentos de DORNASA ALFA 1MG/1ML AMPOLLA y TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, en las cantidades y especificaciones ordenadas por el médico tratante, así como la atención integral de las patologías FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, DEFICIENCIA NUTRICIONAL NO ESPECIFICADA Y OTROS TRASTORNOS DE LA INGESTIÓN DE ALIMENTOS, que presenta el menor de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, y los gastos de transporte y alojamiento para el menor y su acompañante siempre que lo remita a otra ciudad para la prestación de servicios de salud relacionados con dicha patología.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia impugnada en todo lo demás.

TERCERO: ABSTENERSE de emitir orden alguna respecto a la pretensión formulada por EMSSANAR EPS, referente al pago por parte del ente territorial de los servicios que no se encuentran dentro del PBS, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes intervinientes, como al Juzgado de Instancia, lo aquí resuelto de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Para el efecto remítase el expediente al CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES de esta Unidad.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,

CARMEN GEMENA GUZMÁN LÓPEZ



