



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Código 190013103001

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA N° 003
Dos (2) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

Ref.: **ACCIÓN DE TUTELA**
Accionante: **MÓNICA MAMBUSCAY BENACHÍ** - Rep. Legal de **EDVM**
Accionada: **EMSSANAR EPS**
Vinculados: **DEPARTAMENTO DEL CAUCA - SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA, MINISTERIO PÚBLICO – PROCURADURÍA 22 JUDICIAL DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE POPAYÁN y DEFENSORÍA DE FAMILIA DEL ICBF REGIONAL CAUCA**

Rad.: **1900141890004-202000010-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, obrando como Juez Constitucional, a resolver la impugnación interpuesta por Emssanar EPS, contra la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), el veinticinco de enero de 2021, dentro de la referenciada acción de tutela, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social del niño EDVM.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

La señora Mónica Mambuscay Benachí solicitó en su escrito de tutela que se le ordenara a Emssanar EPS autorizar los servicios de salud prescritos por el médico tratante a su menor hijo, entre ellos: el cambio de yeso, la cirugía y el tratamiento médico integral, para su diagnóstico de pie equino varo derecho.

1.2. Fundamentos fácticos y probatorios.

La señora ESPAÑA IDROBO señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Su menor hijo fue diagnosticado desde el nacimiento con pie equino varo unilateral derecho.
- ✓ Por lo anterior, fue remitido a las especialidades médicas de pediatría, traumatología y ortopedia.
- ✓ No obstante, no fue posible concretar dichas citas médicas, debido a que la atención de los profesionales de la salud correspondientes no se encontraba disponible, debido a la pandemia.
- ✓ Luego de varios intentos, logró que se le asignara cita médica para el veintidós de septiembre de 2020. En dicha oportunidad, le fue ordenado la colocación del primer yeso para el veintiocho de septiembre del año pasado.
- ✓ Tardíamente, en el pasado mes de noviembre le autorizaron el cambio de yeso, el cual se llevó a cabo el catorce de diciembre de 2020.
- ✓ Según le informó la médica tratante a la madre del menor, la eficacia del tratamiento médico ordenado a éste último radica en realizar oportunamente los cambios de yeso cada semana, y no como lo está autorizando Emssanar EPS.
- ✓ La accionada EPS justifica su negligencia con el argumento de que la madre de infante cambió del régimen contributivo al subsidiado, obligando a la señora
- ✓ . Mambuscay Benachí a incurrir en deudas para cubrir de manera particular el tratamiento.

Con el escrito de tutela allegó copia de los siguientes documentos:

- ✓ Documentos de identidad del menor EDVM y de su representante legal.
- ✓ Historia clínica del menor.
- ✓

2. Trámite de la primera instancia

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, quien la admitió mediante auto del quince de enero de 2021, procediendo a vincular a la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, a la Procuraduría de Infancia,

Adolescencia y Familia y a la Defensoría de Familia del ICBF en Popayán, corriéndoles el respectivo traslado a sus representantes por el término de dos (2) días, para que manifestaran todo lo que supieran y les constara respecto de los hechos objeto de la acción de tutela. A lo ordenado en el auto se le dio cabal cumplimiento.

3. Contestación.

3.1. Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Popayán.

El Defensor de Familia, en su contestación, considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, solicitó a la A Quo tutelar los derechos fundamentales del menor y ordenar a la accionada EPS que garantice el tratamiento integral para el niño EDVM.

3.2. Procuraduría General de la Nación.

El Procurador 22 Judicial II de Familia y Mujer Popayán abogó por los derechos fundamentales del niño, destacando la protección constitucional reforzada que lo cobija no solo por su edad sino también por su condición de salud.

Por lo anterior, solicitó al Juez constitucional dar las órdenes pertinentes con miras a garantizar el bienestar del menor.

3.3. Secretaría Departamental de Salud del Cauca.

La Líder Procesos Gestión Jurídica de la Secretaría de Salud Departamental, allegó contestación en el sentido de indicar que los servicios médicos formulados al menor en cuestión deben ser asumidos por la accionada EPS, por lo que solicitó la desvinculación de su defendida por no haber incurrido en vulneración de derechos fundamentales, ni estar legitimada en la causa por pasiva.

3.4. EMSSANAR EPS.

Por su parte, el apoderado judicial de EMSSANAR EPS argumentó que el servicio médico denominado manipulación y aplicación de yeso, por estar contemplado dentro del PBS, fue autorizado y notificado a la parte accionante.

En cuanto a la entrega de insumos, aclaró que le corresponde a la madre del menor acudir a Cooemssanar SF Popayán, para adelantar el trámite de entrega con los soportes médicos pertinentes.

Por lo anterior, solicitó que se declarara la carencia actual del objeto por hecho superado, oponiéndose a que se ordenaran servicios de salud que no estuvieran contemplados dentro del PBS y por ende, a la atención médica integral.

4. Decisión de la A Quo.

La decisión tomada por el Juzgado cognoscente en el presente caso fue favorecedora de las pretensiones de la accionante, por lo tanto tuteló los derechos fundamentales a favor del menor hijo de la señora Mambuscay Benachí y, en razón de esa protección, ordenó a la EPS accionada que dentro de las 48 horas posteriores a la notificación, procediera a garantizar la realización efectiva del procedimiento de manipulación y cambio de yeso para malformación congénita de pie.

Junto con lo anterior, ordenó garantizar el tratamiento médico integral para el diagnóstico de talipes equinovaro, sea que los servicios en salud se encuentren en o no contemplados en el PBS.

5. La impugnación.

Frente a este pronunciamiento, la EPS accionada procedió a impugnarla oportunamente, solicitando que se revocara el ordenamiento relativo a la ordenada integralidad en salud.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Art. 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer y resolver la segunda instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico.

En el sub júdice, el Despacho debe determinar si las órdenes emitidas en primera instancia para la protección de las garantías fundamentales del menor ODVM deben ser confirmadas.

3. Tesis del Despacho.

El Despacho considera que el fallo de primera instancia debe ser confirmado en su totalidad debido a que ésta decisión está conforme a los principios de integralidad, continuidad, prevalencia de los derechos de los niños y porque se trata de una persona de especial protección constitucional en razón de su minoría de edad; sin embargo, se adicionará el punto tercero de la parte resolutive de dicha sentencia, en el sentido de desvincular, además de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, a la Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer Popayán y a la Defensoría de Familia del ICBF de esta misma ciudad, por no ser las autoridades que trasgreden las garantías fundamentales del menor.

3.1. Normatividad y Jurisprudencia aplicable al caso.

En la Ley 1751 de 2015, la salud se consagró como un derecho fundamental autónomo fundado en los principios de universalidad y continuidad.

Sobre lo anterior, el Máximo Tribunal Constitucional¹ ha manifestado:

*«3.3.5. En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, **el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento**. La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor".*

*"3.3.6. Según el inciso segundo del artículo 8º, **el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y***

¹ Sentencia T-171 de 2018

mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, la Corte ha señalado que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno".

"3.3.7.El principio de integralidad de la Ley Estatutaria de Salud envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de **garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad.**» (Subrayado, cursiva y negrita fuera de texto).

En lo atinente a los servicios y tecnologías no PBS, la Corte Constitucional, en la misma oportunidad estableció unos criterios para resolver la inaplicabilidad de las exclusiones en materia de salud:

«a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

"b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

"c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

"d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que

debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.»

3.1.2 «DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU ACCESO PREFERENTE AL SISTEMA DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia:

*"La Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual, **se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita.**"*² (Subrayado, cursiva y negrita fuera de texto).

4. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico Colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

² Sentencia T-010 de 2019

En el sub examine se verifican cumplidos los aludidos requisitos de procedencia en razón a que se solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de un menor de edad, se entiende que la vulneración de los mismo es actual y éste no cuenta con mecanismos ordinarios idóneos para su protección, razón por la cual, se analizará el caso concreto a fin de determinar si es procedente el amparo deprecado a la luz del problema jurídico y la tesis ya expuesta por el Despacho.

5. Caso Concreto.

En el caso bajo estudio, se presenta la situación de un niño cuyo diagnóstico es talipes equinovaro, que afecta su pie derecho, razón por la cual su médico tratante le prescribió como tratamiento a seguir el método Ponseti, el cual consiste, entre otros puntos, en la colocación de yeso, cuyo cambio debe hacerse de manera semanal para lograr óptimos resultados.

Lo anterior no ha sido acatado por la accionada EPS, quien de manera displicente no ha garantizado la atención oportuna del menor en cuestión.

Tanto la Defensoría de Familia como el Ministerio Público conceptuaron a favor de la protección a los derechos fundamentales del menor de edad.

Por su parte, la vinculada Secretaría aclaró que los servicios de salud que sean prescritos por el médico tratante a favor del niño deben ser garantizados por Emssanar, independientemente de si éstos están o no contemplados en el PBS.

La pasiva consideró que no estaba desconociendo derechos fundamentales, toda vez que no ha descuidado su deber como prestadora de salud, pues en días pasados había autorizado el solicitado servicio médico.

La Juez de primer grado dictó fallo, salvaguardando los deprecados derechos fundamentales del menor EDVM, ordenando la práctica del procedimiento de manipulación y cambio de yeso para malformación congénita de pie, y el servicio médico integral para la diagnosticada patología, lo que conllevó a que la pasiva impugnara dicha decisión, por resultar adversa a sus intereses, haciendo especial énfasis en la integralidad en salud ordenada.

La posición del Despacho frente a lo decidido por la *A Quo*, conforme se planteó en la tesis frente al problema jurídico a resolver, es la de confirmar la sentencia de primera instancia que protegió los derechos fundamentales del niño ODVM y, en consecuencia, ordenó la prestación de los servicios prescritos por el médico tratante, junto con el tratamiento integral en salud, toda vez que es claro que éste último tiene derecho a que Emssanar EPS le autorice y garantice todos los servicios médicos que necesite dado que se trata de un sujeto de especial protección constitucional en razón de su minoría de edad y de su condición de salud, sin importar si lo ordenado por el médico tratante está o no contemplado dentro del PBS, pues se parte del hecho que el profesional en salud diagnostica con base en su autonomía y conocimientos científicos, correspondiéndole a la EPS brindar el servicios de salud de conformidad con los principios que la rigen, en especial los de universalidad, continuidad e integralidad, más aún cuando se presume que el núcleo familiar del infante no cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir con sus propios medios la carga que implica atender su salud. Dicha precariedad se infiere por el régimen al cual se encuentra afiliado, por ser menor de edad, más cuando la misma madre del menor manifestó que se encontraba cesante, situación que además no fue desvirtuada por la administradora de salud accionada.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el niño ODVM padece una enfermedad que, de permitirse su avance en detrimento de la salud del infante, lo ubicaría dentro de la población en condición de discapacidad, lo cual, sumado a su corta edad le otorga una especial protección por parte del Estado, razón que hace inadmisibile lo argumentado por Emssanar EPS respecto de limitar la atención en salud a lo contemplado en el PBS.

Sumado a lo anterior, la Jurisprudencia constitucional ha considerado que es deber de los Jueces de tutela ordenar en sus fallos la integralidad en salud, por un lado para evitar la interposición sucesiva de solicitudes de amparo por cada prescripción médica que se haga relacionada con la misma patología, y por otro para no congestionar la administración de justicia, máxime cuando lo prescrito por la *A Quo* se encuentra limitado a lo que requiere el paciente por el diagnóstico que originó la solicitud de amparo, lo que hace concreta e individualizable la orden.

Así las cosas, como ya se había manifestado, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia, al encontrarla ajustada a la legalidad; no obstante, se adicionará el punto tercero de la parte resolutive de dicha decisión, en el sentido de desvincular, además de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, a la Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer Popayán y a la Defensoría de Familia del ICBF de esta misma ciudad, por no ser las autoridades que trasgreden las garantías fundamentales del menor.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), el día veinticinco de enero de 2021, dentro de la presente Acción de Tutela impetrada por la señora **Mónica Mambuscay Benachí**, quien actúa en representación legal de su menor hijo **EDVM**, contra la accionada **Emssanar EPS**, en el sentido de **DESVINCULAR**, además de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, a la Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer Popayán y a la Defensoría de Familia del ICBF de esta misma ciudad, por no ser las autoridades que trasgreden las garantías fundamentales del menor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la censurada decisión, en atención a las razones antes anotadas.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CUARTO: Conforme al nuevo trámite de la eventual revisión de tutelas asumido por la H. Corte Constitucional, **REMÍTASELE** electrónicamente la

demanda de tutela, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación y esta sentencia de segunda instancia, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO POPAYAN

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:

abb3f354f1d6f37d115f5595cd37e0430bf7ab48033ea879226d2ee4a0d7
921b

Documento generado en 02/02/2021 02:30:51 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>