



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Código 190013103001

Sentencia de 2ª Instancia N° 053

Popayán, primero (1º) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Ref.: **Acción de Tutela**

Accionante: **Lidia Liced Botina Ordóñez - Rep. Legal de AEB**

Accionada: **Emssanar EPS**

Vinculadas: **Administradora de los Recursos del SGSSS, Secretaría Departamental de Salud del Cauca, Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer de Popayán y Defensoría de Familia del ICBF**

Rad.: **190014003001-202100613-01**

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 Primero Civil Municipal de Popayán (C), el 17 de noviembre de 2021, dentro de la referenciada acción de tutela, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal del menor AEB.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

La representante legal del menor solicitó, que se le ordenara a la accionada Emssanar EPS garantizar la entrega del suplemento Prowhey Kalori, prescrito por el facultativo al infante AEB e, igualmente, el tratamiento médico integral que le sea formulado, para el diagnóstico de desnutrición proteico – calórica moderada.

1.2 Fundamentos fácticos y probatorios.

La madre del menor señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Su menor hijo está inscrito en el régimen contributivo de Emssanar EPS, en calidad de beneficiario.
- ✓ Fue diagnosticado con desnutrición proteico – calórica moderada.
- ✓ Le fue ordenado Ensure y Nutren Junior, para cuya entrega tuvo que interponer acción de tutela, la cual, pese a que fue favorable a su pretensión, solamente se limitó a ordenar la entrega de Ensure Advance polvo * 400 gr.
- ✓ El 25 de septiembre pasado, la médica tratante le formuló 36 latas de Prowhey Kalori polvo * 460 ml, tratamiento para 3 meses.
- ✓ La señora Botina Ordóñez, además que se encuentra incapacitada laboralmente, y sin percibir ingreso alguno desde hace 6 meses, es la responsable de sus 3 hijos, ya que el padre de los mismos falleció.
- ✓ Se vio obligada a acudir nuevamente al juez constitucional, debido a que no cuenta con un fallo que ordene la integralidad en salud, para el diagnóstico de su menor hijo.

Con el escrito de tutela allegó copia del documento de identidad suyo, y del menor AEB, del certificado de afiliación de éste último, de su historia clínica, y fallo de tutela del Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán.

2. Trámite de la primera instancia.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán, quien la admitió mediante auto del 5 de noviembre del 2021, procediendo a vincular a la Adres, a la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, a la Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer de Popayán y a la Defensoría de Familia del ICBF en Popayán, corriéndoles el respectivo traslado a sus representantes por el término de 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. El Apoderado Judicial de Adres solicitó su desvinculación, bajo el entendido que no era la entidad que había vulnerado los derechos

fundamentales del menor en cuestión. Igualmente, se opuso a que se ordenara recobro por parte de la accionada EPS.

3.2. El Representante del Ministerio Público conceptuó a favor de 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 La Líder Procesos Gestión Jurídica de la Secretaría de Salud Departamental indicó que el servicio de salud debe ser asumido por la accionada EPS, por lo que solicitó la desvinculación de su defendida, por no estar legitimada en la causa por pasiva.

3.4 El Apoderado Judicial de Emssanar EPS aclaró que la afiliación del menor agenciado se encuentra activa en el régimen subsidiado, por lo tanto, están siendo garantizados los servicios de salud contenidos en el PBS.

Frente al suplemento nutricional Prowhey Kalori, manifestó que, una vez el médico tratante adelantó el trámite ante el Mipres, la Junta de Profesionales de la IPS Ciape Ltda., negó su aprobación.

Insistió en que, al no existir órdenes médicas que respalden la integralidad en salud, el juez constitucional no puede ordenar servicios médicos que no han sido prescritos por el profesional de la salud.

Por lo anterior, solicitó la exoneración en el presente asunto.

3.5 La Defensoría de Familia del ICBF consideró que la tutela debería ser fallada a favor de las garantías fundamentales del menor en cuestión, en especial lo relacionado con el suplemento formulado y la integralidad en salud, según el criterio del galeno tratante.

4. Decisión del *a quo*

La decisión tomada por el juzgado cognoscente, en el presente caso, fue favorecedora de los intereses del menor AEB, por lo tanto, tuteló los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal del menor de edad y, en razón de esa protección, ordenó a la EPS accionada que dentro del término allí establecido, procediera a garantizar la entrega del referido suplemento nutricional, según el criterio del médico tratante.

Junto con lo anterior, ordenó garantizar el tratamiento médico integral para el diagnóstico de desnutrición proteico – calórica moderada.

5. La impugnación.

Frente a este pronunciamiento, la EPS accionada procedió a impugnarla oportunamente, solicitando que se revocara lo relativo al suplemento alimenticio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 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 júdece, el Despacho debe determinar si las órdenes emitidas en primera instancia, para la protección de las garantías fundamentales del menor AEB, 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 y 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 y su condición de salud; sin embargo, se adicionará el punto sexto de la parte resolutive de dicha sentencia, en el sentido de desvincular al Adres, 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:

3.1.1 *«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 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

¹ Sentencia T-171 de 2018

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

² Sentencia T-010 de 2019

haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

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 vida e integridad personal del menor del niño AEB, entendiéndose que la vulneración de los mismos 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 tiene que el niño AEB ha sido diagnosticado con desnutrición proteico – calórica moderada, por lo que su médico tratante le formuló Prowhey Kalori, suplemento alimenticio cuya entrega no ha sido autorizada por Emssanar EPS, por lo que la madre del infante se vio obligada a acudir ante el juez de tutela, para que le ordenara el tratamiento médico integral para la patología de su menor hijo.

Tanto Adres como la Secretaria Departamental de Salud del Cauca alegaron su falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Defensoría de familia del ICBF y la Procuraduría de Familia y Mujer de Popayán conceptuaron a favor de las prerrogativas del menor.

Emssanar EPS informó que le está garantizando el servicio de salud al menor; sin embargo, se opuso a que se ordenara el suplemento Prowhey Kalori, pues la Junta de Profesionales de la IPS Ciape Ltda., negó su aprobación, y fue por este aspecto que la pasiva censuró la decisión del juez de primer grado, la cual también ordenó la integralidad en salud para el diagnóstico que afecta al infante.

La posición del Despacho frente a lo decidido por el *a quo* es la de confirmar la sentencia de primera instancia que protegió los derechos

fundamentales del niño AEB y, en consecuencia, ordenó, además de la entrega del suplemento Prowhey Kalori, el tratamiento integral en salud, para la patología que afecta al infante, toda vez que es claro que éste último tiene derecho a que Emssanar EPS le autorice y garantice todos los servicios médicos que necesite, máxime cuando éstos se encuentran consignados en la historia clínica del paciente, y teniendo en cuenta 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 científicos³, correspondiéndole a la EPS brindar el servicios de salud de conformidad con los principios de universalidad, continuidad e integralidad, sin importar lo decidido por la Junta de Profesionales de la IPS Ciape Ltda., toda vez que ésta última, a más de negar la autorización del mencionado suplemento, no brindó una alternativa terapéutica para atender las falencias de salud del actor, dejándolo a la deriva, descuidando lo formulado por el facultativo adscrito a la misma IPS que atendió a AEB, sin tener en cuenta la precaria situación económica que enfrenta la madre del actor, que le impide asumir con sus propios medios la carga que implica atender el tratamiento médico de su menor hijo, como así lo manifestó la madre del niño, argumento que no fue desvirtuado por la administradora de salud accionada.

Ahora bien, la Jurisprudencia constitucional ha adoctrinado que es deber de los jueces de tutela ordenar en sus fallos la integralidad en salud, para así evitar la interposición sucesiva de solicitudes de amparo por cada prescripción médica que se haga relacionada con la misma patología y no generar congestión de la administración de justicia, máxime cuando lo ordenado por el *a quo* se encuentra limitado a lo que requiere el paciente por los diagnósticos que originaron la solicitud de amparo, según el criterio del facultativo, lo que hace concreta e individualizable la orden.

³ Sentencia T-345 de 2013: «La Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.»

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 sexto de la parte resolutive de dicha sentencia, en el sentido de desvincular al Adres, 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 sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán (C), el día 17 de noviembre de 2021, dentro de la presente Acción de Tutela impetrada por la señora **Lidia Liced Botina Ordóñez**, quien actúa en representación legal del menor AEB, contra la accionada **Emssanar EPS**, en el sentido de desvincular al Adres, 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: REMÍTASELE electrónicamente la demanda de tutela, su contestación, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación y esta

sentencia de segunda instancia a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

James Hernando Correa Clavijo

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 001

Popayan - Cauca

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:

**2a66f46016cc77a97469366a84f680341365f6f80cf7ea09e07a0a1
1345c8622**

Documento generado en 01/12/2021 10:19:36 AM

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