

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., Seis (6) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 048 **2022– 00385** 01
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: VIVIANA MARITZA ROJAS en representación de su
hijo BRANDON STIVEN FLORES ROJAS.
Accionada: FAMISANAR E.P.S.

Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite pertinente, resuelve el Juzgado la IMPUGNACIÓN interpuesta por la E.P.S. accionada en contra del fallo de fecha 18 de mayo de 2022 emitido por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

Propuso VIANA MARITZA ROJAS en calidad de madre del menor BRANDON STIVEN FLORES ROJAS acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con base en los hechos que a continuación se exponen:

- 1.1. Que el menor Brandon Stiven Flores Rojas, se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS en el régimen contributivo y ha sido atendido por centro médico FUNDACION INFANTIL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANJOSE, por el profesional, Pablo Eliecer luengas Pérez, cirujano pediátrico.
- 1.2. Que se encuentra diagnosticado con TORAX EN QUILLA Q677,

conocida como PECTUS CARINATUM, enfermedad que es progresiva y puede llegar a desencadenar un fallo sistemático en el organismo, produciendo infecciones broncopulmonares, deficiencia respiratoria, disminución de talla y peso, fatiga constante, falla cardíaca, entre otras.

- 1.3. Que dado al estado de salud del menor requiere de la autorización de manera prioritaria de un “CORRECTOR DINAMICO PARA EL PECTUS CARINATUM, CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PARA PREVENIR ALERONES,” de modo que el no suministro vulnera los derechos fundamentales del accionante.
- 1.4. Que el médico tratante valoró al menor el día catorce (14) de febrero de 2022 por PECTUS CARINATUM (protuberancia en el tórax) y señaló que requiere tratamiento integral con CORRECTOR DINAMICO hecho a la medida junto con el CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PARA PREVENIR ALERONES.
- 1.5. Que el profesional de la salud ha recomendado que el corrector sea suministrado por MEDIORTOPEDICOS S.A.S., al ser la única empresa en Colombia que cuenta con la patente de utilidad obtenida mediante resolución 18577 de Superintendencia de Industria y Comercio.
- 1.6. Que se ha solicitado a FAMISANAR EPS. que suministre el CORRECTOR DINAMICO PARA EL PECTUS CARINATUM, CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PARA PREVENIR ALERONES, petición que se encuentra a la espera de autorización al no estar incluido el insumo en el Plan de Beneficios en Salud y por corresponder al sentir de la accionada a un tratamiento experimental.
- 1.7. Que la negativa por parte de la E.P.S. accionada, atenta contra su derecho a la salud, toda vez que los dolores le obligan a permanecer en vigilia gran parte de la noche y resulta injusto en su sentir que tenga que asumir el tratamiento integral pese a cancelar cumplidamente las cotizaciones.

1.8. Finaliza, señalando que resulta esencial privilegiar los derechos de los menores tal y como lo establece el artículo 44 constitucional, por tanto, el Estado, debe proteger de manera especial.

2.- Las pretensiones.

Solicita el accionante a través de la presente vía constitucional:

“ordenar a la EPS FAMISANAR, le autorice de MANERA URGENTE el otorgamiento DEL CORRECTOR DINÁMICO PARA PECTUS CARINATUM HECHO A LA MEDIDA DEL PACIENTE CON CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PREVENTIVA DE ALERONES, SEA SUMINISTRADO POR EL PROVEEDOR MEDIORTOPEDICOS SAS. Toda vez que es la única empresa en Colombia que cuenta con la patente de utilidad obtenida mediante resolución 18577 de super intendencia de industria y comercio, la cual hace que sea un tratamiento realmente confiable y efectivo al ser un tratamiento no invasivo, bajo la supervisión de la Dr. Pablo Eliecer Luengas Perez, en la ciudad de Bogotá D.C, al menor Brandon Stiven Flores Rojas; el cual de acuerdo a lo indicado por el médico tratante Dr. Pablo Eliecer Luengas Perez, el tratamiento requerido se encuentra disponible en la empresa proveedora MEDIORTOPEDICOS SAS. Los cuales son únicos fabricantes en Colombia y que cuentan con patente registrada ante la superintendencia de industria y comercio con resolución 18577 del 18 de Abril de 2017 y se puede contactar con el señor Julián Sánchez al celular 3116487804, para constatar la disponibilidad del tratamiento así como la ampliación de la información y el por qué es el tratamiento más aconsejable y pertinente respecto de la enfermedad que padece mi hijo. así mismo se solicita que la EPS FAMISANAR le cubra el 100% de la misma, y de toda la ATENCIÓN INTEGRAL que se derive de su enfermedad, procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS; y dentro de un término de 48 horas la ENTREGUE; así como los tratamientos y medicamentos formulados por el médico tratante como consta en la fórmula médica que se anexa.

-Prevenir al DIRECTOR de la EPS, que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el Art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

– Ordenar al FOSYGA rembolsar a la EPS los gastos que realice en el cumplimiento de esta tutela conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia 480/97.”

3.- La Actuación.

3.1.- Admisión de la tutela.

La presente acción constitucional fue admitida por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá mediante auto de fecha cinco (5) de mayo de 2022, en donde se ordenó la notificación de la entidad accionada previniéndosele para que en el término de dos (2) día, se pronunciara respecto de los hechos en que se fundamentó la queja constitucional, allegando la documentación necesaria para tal fin y en general, para que ejerciera el derecho de contradicción y defensa.

3.2.- Intervenciones.

Advierte el despacho que obra en el plenario el informe rendido por ADRES, FAMISANAR E.P.S., MEDIORTOPEDICOS S.A.S., y HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ.

4.- La Providencia de Primer Grado.

El *a quo*, en providencia de data Dieciocho (18) de mayo de 2022, amparó el derecho a la salud del accionante al considerar que si bien la E.P.S. emitió autorización del insumo requerido, esto es, el “*CORRECTOR DINAMICO PARA EL PECTUS CARINATUM HECHO A LA MEDIDA CON CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PARA PREVENIR ALERONES*”, lo cierto es que dado a la posición de garante que ostenta frente al afiliado le corresponde acreditar la entrega efectiva del dispositivo; así mismo, y de cara al tratamiento integral, dada la condición de salud y la calidad de sujeto de especial protección constitucional otorgó el mismo.

5.- La Impugnación.

Inconforme con esta decisión, manifestó la accionada que el juez de instancia decidió amparar los derechos fundamentales invocados ordenando el suministro indeterminado, ambiguo y futuro de servicios bajo el concepto

de tratamiento integral pese a que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante.

Agrega que, el fallo emitido no solo resulta ambiguo, en la medida que impone una obligación a la accionada desproporcionada para la sostenibilidad económica del sistema de salud, desconociendo que la entidad no ha negado los servicios de salud al afiliado, por el contrario, ha desplegado todas las gestiones en favor del accionante.

Luego de una amplia argumentación de las razones que en su sentir deben conllevar a modificar el fallo de instancia, culmina solicitando se niegue el amparo invocado como quiera que no ha vulnerado los derechos de la accionante; de igual forma, se determine expresamente en la parte resolutive de la sentencia las prestaciones de salud que deben ser cobijadas por el fallo, al igual que la patología respecto de la cual se otorga el amparo y se revoque la orden de tratamiento integral el cual debe incluir servicios excluidos.

CONSIDERACIONES

1.-Competencia

Este Juzgado es competente para conocer de la impugnación del fallo de primera instancia en los términos de los Artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico por resolver.

Gravita la labor del despacho en determinar si a partir de los argumentos expuestos por la entidad accionada en el escrito de impugnación resulta viable revocar el fallo proferido en primera instancia.

3.- Derecho a la salud de los niños y adolescentes.

Con relación al carácter del derecho a la salud la Corte Constitucional en Sentencia T-124 de 2009, Magistrado Ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto, sostuvo:

“De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios. En este sentido ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia,

“El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”

Ahora, frente al caso puntual el artículo 27 del Código de Infancia y Adolescencia, dispone:

“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, síquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún hospital, clínica, centro de salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera de atención en salud.”

Así mismo, ha señalado la Corte Constitucional:

“(…)A propósito de lo último, esta Corporación ha precisado que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que

prestan el servicio público de salud deben “procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.”

4.2. Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por menores de edad o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos. (resaltado fuera del texto)

Esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”.¹

4.- Del principio de integralidad en materia de salud

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 2019 indicó:

“(...)4.2. Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente^[39], “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan^[40]. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias^[41].

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando

¹ Sentencia T- 196 de 2018.

demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación^[42], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte^[43]; **y (ii)** que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente^[44]. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes^[45].

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine^[46].

5. Caso concreto

De entrada, observa el Despacho la concurrencia de los elementos de procedibilidad general de la acción de tutela correspondientes a la legitimación en la causa, en tanto que se propone por el titular de los derechos invocados y se convoca a quien se le endilga la supuesta vulneración de sus derechos; y de inmediatez, como quiera que, la presunta conducta transgresora de las garantías fundamentales en cabeza del actor resulta actual.

Descendiendo al caso sub examine, se tiene que la aquí accionante solicita a través del presente mecanismo constitucional, entre otras cosas, se ordene a FAMISANAR E.P.S.: **i)** la entrega del “CORRECTOR DINÁMICO PARA PECTUS CARINATUM HECHO A LA MEDIDA DEL PACIENTE CON CORRECTOR DE POSTURA Y FAJA PREVENTIVA DE ALERONES” **ii)** garantice el tratamiento integral que incluya la prestación y suministro de procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de su patología.

En dicho sentido, como quiera que la accionada ha solicitado con su impugnación modificar la decisión del *a quo* y en su lugar, negar la acción de tutela, pese a que no hizo reparo puntual con relación a la orden del corrector dinámico para Pectus Carinatum, se proceden a hacer las siguientes precisiones:

Se aportó por parte del accionante prescripción emitida por el médico tratante (fl.02), adscrito a la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José con fecha **catorce (14) de febrero de 2022** en la cual prescribe al menor Brandon Steven Corrector dinámico para Pectus Carinatum hecho a la medida del paciente.

Ahora, Famisanar E.P.S., en el curso de la acción de tutela y conforme se advierte a folio 08 del expediente aportó documental con la cual autoriza corrector dinámico para Pectus Carinatum solo hasta el **1º de abril de 2022**, luego entonces, no son de recibo los argumentos de la accionada quien refiere en su escrito de impugnación que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, desconociendo que su negligencia surge evidente, bajo el entendido que la madre del menor no solo tuvo que acudir a la radicación de derecho de petición (12 de marzo de 2022) sino impetrar posterior acción de tutela a fin de acceder a la autorización del servicio, que por demás estaba ordenado por el médico tratante desde el **14 de febrero de 2022**, de modo que, fue la acción constitucional la que finalmente conllevó a acceder a las súplicas del accionante y no su actuar diligente.

Aunado a lo anterior, es preciso memorar que la responsabilidad de la E.P.S. para con sus afiliados no culmina con la autorización de los servicios, de modo que, es preciso conforme lo indicó el juez de instancia que Famisanar E.P.S. coordine, vigile y garantice que Mediortopedicos S.A.S. haga entrega efectiva del insumo al menor Brandon Steven, en tanto solo en dicho momento se habrá garantizado la prestación efectiva del servicio.

De esta manera, teniendo en cuenta las condiciones de salud del menor y la necesidad de garantizar el acceso efectivo a los insumos médicos requeridos, la decisión del juez de instancia se encuentra ajustada a los presupuestos legales y jurisprudenciales que disponen salvaguardar de manera prioritaria los derechos de los niños y adolescentes.

De otra parte, frente a los reparos formulados por el accionante con relación al tratamiento integral, vale la pena señalar que sobre este tópico indicó el Tribunal Constitucional:

“Para que un juez emita la orden de tratamiento integral debe verificarse la negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud en el cumplimiento de sus deberes. Así mismo, se requiere constatar que se trate de un sujeto de especial protección constitucional y/o que exhiba condiciones de salud “extremadamente precarias”. Esta orden debe ajustarse a los supuestos de “(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o por cualquier otro criterio razonable”.²

Bajo esa perspectiva, conforme se indicó en antecedencia, el actuar de FAMISANAR E.P.S. dista de estar ajustado al cumplimiento de las obligaciones que como entidad prestadora del servicio de salud le impone el sistema, al punto que, su negligencia quedó en evidencia en la medida que sólo con la acción de tutela se logró acceder a la autorización que con insistencia demandaba el accionante, persona que en virtud a su edad y su condición de salud goza de especial protección constitucional.

Así mismo, ha de memorarse que con el tratamiento integral se logra garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que presenta el accionante, máxime cuando ha quedado acreditado en el plenario que la E.P.S. se ha sustraído de la responsabilidad de garantizar la prestación del servicio de salud de manera oportuna e ininterrumpida, conducta que trasgrede los derechos fundamentales de la accionante y desconoce las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales que propenden por garantizar el interés superior del menor; ante las condiciones de salud que presenta BRANDON STIVEN FLORES ROJAS la protección integral en el presente asunto se ofrece completamente procedente y, por demás necesaria.

Ahora, ha de memorarse que la orden de tratamiento integral conforme lo ha indicado la Corte Constitucional busca garantizar la continuidad en el servicio y

² Sentencia T 513-2020

precaver la presentación constante de acciones de tutela para cada uno de los insumos o procedimientos que se prescriben, lo que implica que necesariamente cubije ordenes futuras.

Aunado a lo anterior, a diferencia de lo indicado por FAMISANAR E.P.S. la orden de tratamiento integral quedó claramente delimitada por el *ad quo* en la medida que en el numeral tercero indicó con claridad que las prestaciones se circunscribía a la patología de PECTUS CARINATUM, previamente respaldadas en las órdenes emitidas por los médicos tratantes.

Así las cosas, se confirmará la el fallo de data 18 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Cuarenta y ocho (48) Civil Municipal de esta ciudad.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley y mandato constitucional, **RESUELVE:**

Primero: CONFIRMA en su integridad la providencia de fecha 18 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Cuarenta y ocho (48) Civil Municipal, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo. NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE,

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

Firmado Por:

Nancy Liliana Fuentes Velandia

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 005

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: 0af5187610161515807c66046af40a0226890491d0b02fd44954c337b7285711

Documento generado en 06/07/2022 06:27:23 PM

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