

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN

Sala Civil - Familia

Magistrada Ponente: DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Acción de tutela: 19698 31 12 002 2022 00087 01
Accionante: NORA LUCIA TUNIBALA¹ agente oficiosa de la menor ZSMT
Accionado: INVIMA²
Vinculada: FUNDACIÓN VALLE DE LILI³
Asunto: Decreta nulidad

Popayán, nueve (09) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

En esta oportunidad, sería del caso entrar a decidir la impugnación interpuesta por el INVIMA y la IPS FUNDACIÓN VALLE DE LILI contra el fallo proferido el 16 de noviembre de 2022, por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO - CAUCA, dentro de la acción de tutela de la referencia, sino fuera, porque se observa que la actuación se encuentra viciada de nulidad como se verá a continuación:

La señora NORA LUCIA TUNUBALA DAUQUI quien actúa en calidad de agente oficiosa de la menor ZSMT, invoca el amparo constitucional reclamando la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los que considera vulnerados por el INSTITUTO DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA, y en consecuencia, solicita se ordene *“al representante legal o a quien corresponda, autorice, en el menor tiempo posible, el respectivo despacho hacia la Clínica Valle de Lili de la ciudad de Cali de Cornea Boston KPRO, la cual es de vital importancia para realizar intervención quirúrgica de implante de la misma en su ojo derecho. Además, se garantice cualquier tratamiento, hospitalización, medicamentos, exámenes diagnósticos, intervención quirúrgica, asistencia médica, o cualquier procedimiento, que se necesite debido a la enfermedad que padece mi hija Zarhay Salome Menzukeu Tunubala”*.

¹ Correo electrónico: tunubaladauquinoralucia@gmail.com

² Correo electrónico: notificaciones_judiciales@invima.gov.co

³ Correo electrónico: notificaciones@fvl.org.co

Como medida provisional, pide *“se autorice por parte del INVIMA, el despacho correspondiente hacia la Clínica Vale de Lili de córnea Boston KPRO, la cual es de vital importancia para realizar implante en el ojo derecho de mi hija, y de esta manera recuperar la visión del mismo”*.

Como hechos fundamento de su pretensión, aduce: Que la menor ZSMT, tiene 2 años y medio de edad, y padece de *“ESCLEROCORNEA BILATERAL”*, lo cual ha impedido su desarrollo visual, y aunque se le han realizado 3 trasplantes de córnea, dos en el ojo derecho y una en el izquierdo, los mismos han sido fallidos. Que el médico tratante refirió que la menor tiene posibilidades de recuperar la visión, e inició un nuevo tratamiento que consiste en la implantación de una cornea artificial llamada KPRO, importada desde Boston – Estados Unidos, por lo que se inició el protocolo médico para llevar a cabo la cirugía en la Clínica Valle del Lili de la ciudad de Cali, advirtiendo, que el médico tratante le informó que la Corea artificial ya fue importada a Colombia, pero el INVIMA no ha realizado la autorización del producto, lo cual perjudica a su hija pues retrasa la realización del procedimiento quirúrgico.

Refiere, que ante la negligencia por parte del INVIMA, el 23 de mayo de 2022, presentó derecho de petición ante dicha entidad, el que fue respondido indicándole que *“...su petición no es procedente por cuanto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, no cuenta con las competencias para la autorización de procedimientos ni suministros de materiales acorde a la información descrita en su petición. Tal solicitud debe ser realizada ante la entidad prestadora del servicio de salud, quien es la competente para la materia”*, sin que dicha respuesta sea de fondo a lo peticionado. Agrega, que el actuar del INVIMA perjudica la salud de su hija, pues al pasar de los días se esfuma la posibilidad de que recupere su visión, y como lo indicó el médico tratante en la historia clínica *“de no hacerse el mencionado implante, la paciente continuara por el resto de su vida con ceguera legal con las implicaciones existentes para ella y sus cuidadores”*. Que en este orden, corresponde al Estado y las entidades prestadoras de servicios de salud, garantizar que la niña pueda llevar una vida en condición normal.

Habiendo correspondido las diligencias por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao - Cauca, mediante auto del 02 de noviembre de 2022, se admitió la acción de tutela contra el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA, y se dispuso la vinculación de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI; entidades notificadas mediante oficio

circular No. 249, el que fue remitido por correo electrónico, según constancia visible en el archivo No. 03 del expediente digital.

Acto seguido, dio respuesta a la presente acción, el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA, indicando que a dicha entidad no compete autorizar el suministro de materiales ni el procedimiento quirúrgico, pues esto corresponde a la IPS donde es atendida, y también a la accionante ya se le informó que “*el producto solicitado en importación cuenta con registro sanitario en el país*”, mediante resolución expedida el 23 de abril de 2021, por lo que no es considerado “*dispositivo médico vital no disponible*”, y por lo tanto, contando el producto con registro sanitario vigente en el mercado, puede ser suministrado por la EPS, sin solicitud de autorización de importación. Así mismo, emitió respuesta a la petición de amparo, la Representante Legal Suplente para Asuntos Procesales de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI⁴, señalando, que la entidad ha cumplido cabalmente con sus obligaciones como IPS, y finalmente, se profirió sentencia el 16 de noviembre de 2022⁵, en la que se resolvió, conceder el amparo de los derechos fundamentales de la menor, y “**ORDENAR a la IPS CLINICA VALLE DE LILI** de la ciudad de Cali Valle, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo si aún no lo ha hecho, **contando con la autorización de la EPS EMSSANAR**, reinicie el trámite administrativo ante el INVIMA, tendiente a obtener a la mayor brevedad posible el envío a esa IPS del insumo médico denominado CORNEA ARTIFICIAL KPRO bajo las especificaciones indicadas por médico tratante y cumplido ello realice de manera perentoria el procedimiento quirúrgico respectivo para la instalación de dicho implante a la menor agenciada, y además le brinde a esta el **TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD** con servicios POS y NO POS que requiera para su rehabilitación que ordenen los médicos tratantes y que se deriven de las patologías descritas en este fallo, autorizando para ello a la entidad accionada para que de los servicios médicos NO POS que llegue a brindar al paciente referido pueda acudir en recobro ante el ADRES y/o ENTE TERRITORIAL, tal como lo dispone la Resolución No. 205 de 2020”, y así mismo, dispuso “**MANTENER VINCULADO** para los efectos de la acción al INVIMA, a fin de que preste toda su colaboración en el trámite administrativo de envío a la IPS CLINICA VALLE DE LILI de la ciudad de CALI, del insumo médico denominado CORNEA ARTIFICIAL KPRO bajo las especificaciones indicadas por médico tratante, del cual se da cuenta en la acción existe con registro sanitario en la entidad”; decisión que notificada fue impugnada por el INVIMA y la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, solicitando ésta última, el decreto de la nulidad de lo actuado luego de que no se tuviera en cuenta la contestación a la petición de

⁴ Respuesta que no fue tenida en cuenta por la funcionaria de primer grado al momento de proferir sentencia, pese a que la misma se encuentra incorporada al expediente.

⁵ Archivo No. 06 “Fallo Tutela...” del expediente digital

amparo allegada oportunamente al Despacho. Agrega, que desde el 13 de septiembre de 2022 se radicó ante el INVIMA solicitud de autorización para importación de dispositivo médico vital no disponible – QUERATOPROTESIS BOSTON TIPO I, solicitando la entidad justificación por parte del especialista tratante sobre la necesidad del dispositivo, y en ese orden, el 24 de octubre de 2022 se emitió respuesta a dicho requerimiento, sin que a la fecha se haya recibido respuesta de dicha entidad. Que en ese orden, la entidad viene adelantado todos los trámites ante el INVIMA aun sin contar con las autorizaciones por la parte de la EPS EMSSANAR, quien debió ser vinculada al proceso, “*pero el Juzgado omitió tal vinculación*”, aun cuando es la llamada a garantizar el aseguramiento y prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

A su turno, el INVIMA reitera que el producto ENDOQUERATOPROTESIS PARA TRASPLANTE DE CORNEA ENDO-KPRO cuenta con registro sanitario vigente, y por lo tanto, la EPS ni cualquier otro interesado necesitar iniciar trámite alguno de importación, esto es, el producto se encuentra en el territorio colombiano y puede ser comercializado, sin ninguna autorización de importación del INVIMA, y bien puede ser suministrado directamente por la EPS; razón por la que solicita se revoque el fallo impugnado.

Adviértase, conforme lo expresado, que en el *sub-examine*, nada se dispuso en relación con la vinculación de la EPS EMSSANAR, entidad que presta los servicios de salud a la menor, quien reclama el tratamiento integral de su patología; vinculación que también echa de menos la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, advirtiendo que es a EPS EMSSANAR, a quien le corresponde garantizar la atención en salud de sus afiliados, y por su parte, el INVIMA aduce que contando el producto reclamado con registro sanitario vigente, el mismo debe ser solicitado ante la EPS. De ahí, la necesidad de su vinculación al presente trámite.

En este orden, siendo necesario entonces, el concurso de EMSSANAR EPS, para resolver de fondo el asunto, así como del PROCURADOR DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, y la DEFENSORÍA DE FAMILIA, teniendo en cuenta que la actuación que se cuestiona en sede de tutela, involucra intereses relacionados con individuos de especial protección constitucional, como son los niños, niñas y adolescentes, se procederá a decretar la nulidad de lo actuado, con fundamento en la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso. La nulidad afecta la actuación surtida a partir de la

providencia de fecha 16 de noviembre de 2022, inclusive, por lo que deberá el Juzgado rehacer la actuación anulada, integrando debidamente el contradictorio, **ordenando cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria**, y sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código General del Proceso. **Así mismo, corresponde a la funcionaria, verificar y establecer que el producto que cuenta con registro Invima vigente [conforme la respuesta emitida por la entidad], guarde total correspondencia con el servicio requerido por la IPS FUNDACION VALLE DE LILI, y que incluso, viene reclamando mediante petición radicada ante el INVIMA desde el 13 de septiembre de 2022, a fin de evitar incurrir en falencias que finalmente repercuten en detrimento de los derechos de la menor.**

Igualmente, conviene indicar a la funcionaria de conocimiento, que contrario a lo expresado en el fallo impugnado, en el que aduce que la CLINICA VALLE DE LILI “*pese a haber sido debidamente enterada del trámite preferente no se pronunció sobre los hechos y fundamentos de la acción*”, lo cierto, es al expediente se encuentra debidamente integrada la respuesta emitida por la FUNDACION VALLE DE LILI, clarificando la situación que se viene presentando frente a la menor, y las diligencias adelantadas por dicha entidad; **respuesta que igualmente, deberá considerar la funcionaria de conocimiento, o en su defecto, motivar las razones por las cuáles no se atiende la misma.**

En ese sentido, la Honorable la Corte Constitucional en la sentencia SU-116 del 08 de noviembre de 2018, señaló:

“El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, que se entiende como “la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables”. Tal derecho, siendo de aplicación general y universal “constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.

*Esta garantía constitucional se predica de toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y su goce efectivo depende de la debida integración del contradictorio. **Específicamente, en el trámite de la acción de tutela asegura que la autoridad judicial despliegue toda su atención para determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales que aduce el accionante y adopte su decisión convocando por activa y por pasiva a todas las personas que se encuentren comprometidas en la parte fáctica de la acción a objeto de que cuando adopte su decisión comprenda a todos los intervinientes y no resulte afectando a quienes debiendo ser llamados no fueron citados al asunto.***

*Ello, sin embargo, se deriva del escrito de tutela o de las respuestas que se brinden por las partes, o de los hechos puestos de presente, e incluso, de aspectos tales como los posibles efectos del fallo, **por lo que en ese escenario es donde el juez despliega su***

capacidad oficiosa para vincular al trámite a quien debe concurrir al mismo, a efectos de permitir su participación y, por tanto, su defensa, posibilitando conocer lo obrante en el expediente para que ejerza su derecho de contradicción en debida forma.

Esta Corporación ha señalado que “el juez constitucional, como director del proceso, está obligado a -entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”.

23. *En cuanto a la integración del contradictorio en sede de tutela, la jurisprudencia constitucional señala que es un deber del juez de primera instancia, puesto que de esa manera garantiza a la parte interesada la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa durante el desarrollo de la tutela, vinculando a los interesados, es decir, a todas las personas “que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico” (Negrilla fuera del texto)”.*

Además, frente a la importancia de vincular al Defensor de Familia y al Agente del Ministerio Público en providencia de fecha 31 de agosto de 2015, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, señaló:

“Al revisar lo acontecido, advierte la Corte que se omitió citar al Defensor de Familia y Agente del Ministerio Público, para que intervinieran en la tutela, como garantía para los infantes e inhabilitados involucrados en la contienda objeto de censura.

El anterior razonamiento guarda armonía con la Ley 1098 de 2006,

*Artículo 82 numeral 11 “Funciones del Defensor de Familia...11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”; Artículo 95, parágrafo, inciso 2º **Los procuradores judiciales de familia obrarán en todos los procesos judiciales y administrativos, en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes...**” y Artículo 211 La Procuraduría General de la Nación ejercerá las funciones asignadas en esta ley anterior por intermedio de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la familia, que a partir de esta ley se denominará la Procuraduría Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, la cual a través de las procuradurías judiciales ejercerá las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales tal como lo establece la Constitución Política y la ley.*

*(....) **Por ello, se estructura la causal de nulidad establecida en el artículo 140 numeral 9º del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este trámite excepcional por la remisión que autoriza el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, al haberse dado curso al libelo sin la citación de quienes, como se anotó, debieron ser convocados, por involucrar personas en las circunstancias descritas, motivo por el cual se invalidará la primera instancia, para que el***

Tribunal comunique la admisión al procurador y defensor de familia.⁶ (Resaltado fuera del texto)

Criterio reiterado en por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en proveído ATC643-2019 del 2 de mayo de 2019⁷, en el que se insiste en la necesidad de vincular al trámite constitucional al Defensor de Familia y el Procurador Judicial, como “*garantía de protección a los infantes*”.

Por lo expuesto, la Suscrita Magistrada Sustanciadora⁸ de la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de fecha 16 de noviembre de 2022, inclusive, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO - CAUCA, y en consecuencia, ordenase al Juzgado de conocimiento, renovar la actuación anulada, integrando debidamente el contradictorio, y ordenando cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria, sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: Remítase por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, por medio de correo electrónico, para lo pertinente.

TERCERO: De lo aquí resuelto notifíquese por el medio más eficaz a las partes.

Notifíquese y cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

⁶ CSJ STC, 31 agosto de 2015, rad 2015-01736-01

⁷ CSJ ATC643-2019, 2 may. 2019, rad. No. 2019-0017-01

⁸ Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del C.G.P., y el Acta No. 001 de 2019 de esta Corporación, acogiendo el criterio expuesto por la CSJ STC2021-2019 del 21 de febrero de 2019 M.P: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.