República de Colombia

Rama Judicial Del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá. D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2020-00228
Accionante: JOSE VENICIO ROJAS.
Accionados: SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD BOGOTA.
Vinculado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DE COLOMBIA y HOSPITAL SAN JOSE

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata del señor **JOSE VENICIO ROJAS**, mayor de edad, quien actúa por intermedio de apoderado judicial.

III.- ACCIONADAS:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD IPS REGIONAL BOGOTA. VINCULADOS: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DE COLOMBIA y HOSPITAL SAN JOSE.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

El peticionario cita los derechos a la **SALUD e INTEGRIDAD FISICA Y PSICOLOGICA.**

V.- OMISION ENDILGADA A LAS ACCIONADAS:

Aduce el accionante ser un paciente de la tercera edad, tratado por el Hospital San José de Bogotá – Departamento de Urología, siendo diagnosticado de Adenocarcinoma de Próstata, por lo que le realizaron cirugía radical de próstata solicitándosele autorización escrita para la colocación de una prótesis AMS 700.

Afirma ser pensionado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y paciente de la sociedad Clínica Emcosalud, que su médico tratante le dio orden para la prótesis AMS 700 la que necesita con urgencia, sin que la EPS se la suministre.

Sostiene que la IPS le negó el 15 de enero de 2020 la solicitud de implante y prótesis peneana inflable, argumentando su exclusión del Sistema

de Seguridad Social de acuerdo a lo contemplado en el anexo 4 del Plan de Beneficios del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Pretende con esta acción constitucional le sean tutelados los derechos fundamentales por él invocados, ordenándole a la accionada le entregue y coloque la prótesis peneana inflable, suspendiendo cualquier maniobra dilatoria para tal fin.

VI.- TRAMITE PROCESAL:

Mediante auto fechado 15 de julio de 2020 se admitió la solicitud, se ordenó notificar a la entidad accionada y vinculados, a quienes se les solicitó un informe respecto a los hechos reseñados.

SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA – HOSPITAL SAN JOSE indicó que ha valorado al accionante por la especialidad de urología, suministrándole no solo los servicios de salud, sino emitiendo además las correspondientes órdenes que el petente requirió como plan de manejo para su patología, sin ningún tipo de obstáculo o barrera administrativa.

Afirma que la SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD contrató los servicios asistenciales de dicho establecimiento hospitalario, no siendo parte de la red de servicios para la realización del procedimiento denominado colocación de prótesis peneana inflable, pues éste no fue contratado por la aseguradora en salud.

Refiere que podría realizarle al tutelante el procedimiento antes señalado, siempre y cuando, cuente con las autorizaciones emitidas por parte de EMCOSALUD, aceptando la cotización que para su efecto emita esa IPS.

SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD señaló que es contratista del FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, garantizando la prestación de los servicios de salud al accionante, de acuerdo con las órdenes médicas emitidas por su médico tratante. Igualmente le ha entregado los insumos y medicamentos necesarios para su tratamiento y mejora de su patología.

Arguye que la colocación de la prótesis peneana inflable solicitada por el demandante, si no se demuestra su pertinencia médica, sería un procedimiento estético el cual no cubre el PBS ni el PAC al cual están acogidos los afiliados del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales.

Manifiesta que el 22 de julio de 2020 se llevó a cabo comité médico interdisciplinario en el cual se determinó que la prótesis que reclama el petente ***"...no tiene ninguna función terapéutica sino que está ordenada para el manejo de la impotencia, por lo que se descarta que esté dentro de las coberturas del plan de beneficios de salud(PBS)y el plan de atención convencional (PAC) al que está suscrito el accionante, por ser algo suntuoso y no terapéutico".***

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, guardó silencio.

VII- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: "**El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

> ***"La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor ……, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido …… ."***

LA SALUD es ahora un derecho elevado a categoría de fundamental autónomo.

Respecto de ese tema, en Sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

> ***"3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.***

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.".

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar ***"a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", correspondiéndole al ente estatal "organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes..."*** (art. 49 de la C.N.).

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud ostenta la categoría de fundamental, ***"Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.***

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental"(Sentencia T-859 de 2003).

VIII.- PROBLEMA JURIDICO

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si la accionada le ha vulnerado al accionante los derechos fundamentales por él invocados, al no autorizarle la entrega y colocación de la prótesis peneal inflable que reclama.

IX.- CASO CONCRETO

Los anteriores razonamientos jurisprudenciales aplicados al caso en estudio, acorde con las pruebas allegadas al expediente y la manifestación efectuada por el accionante, llevan a la conclusión que debe **NEGARSE** la presente acción constitucional por las siguientes razones:

Demostrado se encuentra que el señor JOSE VENICIO ROJAS fue diagnosticado de "***ADENOCARCINOMA DE PROSTATA***" (según historia clínica),

quien se encuentra afiliado como cotizante en el plan de salud de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por intermedio de la IPS Sociedad Clínica Emcosalud.

Un supuesto de la acción de tutela contra una E.P.S. es que el médico tratante adscrito a ese ente, hubiese ordenado algún medicamento, hospitalización, cirugía, tratamiento o cualquier procedimiento médico, y la entidad lo hubiera negado.

En cuanto al servicio solicitado por el accionante, esto es, la colocación de la prótesis peneal inflable, se observa en la historia clínica de éste hace parte del plan de manejo que su médico tratante le ordenó.

Según el comité médico interdisciplinario llevado a cabro el 22 de junio de 2020 por parte de la accionada, se determinó que el procedimiento de prótesis peneana inflable no tiene ninguna función terapéutica, estando orientada al manejo de la impotencia sexual.

Dentro de las exclusiones del Plan de Atención Convencional (PAC) al que se encuentra el accionante como afiliado al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se observa la de "*Diagnóstico y Tratamientos para la Infertilidad y/o Impotencia Sexual*", numeral 4.24 Exclusiones - 4.24.1. Plan de Atención Convencional Ferrocarriles y Puertos.

La Corte Constitucional en sentencia T-143-05, en un caso análogo al presente, señaló:

> ***"A pesar de la anterior consideración, y teniendo en cuenta la Supremacía de la Constitución Política como norma de normas de nuestro ordenamiento jurídico, esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo,*** **"que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas"*** [15]***.***
>
> ***Con todo, previo a la inaplicación de la normatividad que excluye o limita la prestación de algún servicio o el suministro de algún medicamento, la Corte ha establecido jurisprudencialmente la necesidad de verificar el cumplimiento de algunos requisitos que se pueden indicar de la siguiente manera*** [16]***:***
>
> ***"1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.***
>
> ***"2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.***

"3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

"4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante."

Así, cuando se ha verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos, la Corte ha ordenado que la Entidad Promotora de Salud que se había negado a suministrar algún medicamento o prestar algún servicio médico que se encontraba por fuera del P.O.S., podrá reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga, el reembolso de los gastos en que debió incurrir y que no estaba legalmente obligada a asumir, a fin de garantizar el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues **"el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice"** ***[17].***

En ese sentido, conforme lo advierte dicha jurisprudencia, para que proceda la inaplicación de las exclusiones a fin de que sea suministrado el procedimiento, para este caso, del Plan de Atención Convencional (PAC), deben concurrir el cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte.

En el sub-lite el accionante no demostró el tercer requisito "***3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).***

Nótese que el tutelante no efectúo en el escrito de tutela ninguna manifestación en cuanto a la falta de capacidad económica para sufragar el costo de la prótesis que solicita, más aún teniendo en cuenta que se trata de una persona pensionada, tampoco allegó ninguna prueba al respecto.

En la sentencia T-336/18 la Corte Constitucional dijo en relación a la capacidad económica que "***En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que, dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio "afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona".***

Por lo anterior, se **NEGARÁ** el amparo reclamado, toda vez que el petente no acreditó la falta de capacidad económica para sufragar el elemento que requiere, requisito que advierte la Corte debe cumplirse a fin de no aplicar la exclusión del Plan de Atención Convencional (PAC).

IX.- <u>DECISION</u>:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO*:* **NEGAR** al señor **JOSE VENICIO ROJAS** la protección a los derechos fundamentales invocados, por lo señalado en precedencia.

SEGUNDO: **DISPONER**, por secretaría, la notificación de esta sentencia por el medio más expedito y eficaz, indicando a las partes que pueden impugnarla en los 3 días siguientes.

TERCERO: ORDENAR que, si esta sentencia no es impugnada, se remita el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo, en el término previsto en el Decreto 2591 de 1991. **OFICIESE**.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ
MCh.

Firmado Por:

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE 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:
4c4bf77795d2fd629c7ff765927a1e0229eca48428a5895253dece39cacbe872
Documento generado en 29/07/2020 10:15:23 a.m.