

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.), quince (15) de julio de dos mil veinte (2020)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. **031**
Rad. 76-130-40-89-002-**2020-00053-01**

OBJETO DE LA PROVIDENCIA:

Procede la instancia a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por la accionada **EMSSANAR S.A.S.** contra la **sentencia No.020 del 04 de marzo de 2020¹**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria; Valle del Cauca**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el señor **HERNÁN COBO MOSQUERA** identificado con la **C.C. No. 6.218.603** de Candelaria (V.) contra dicha EPS. Asunto al cual fueron vinculados la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, la ESE Hospital San Juan de Dios de Cali y el ADRES.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad y la dignidad humana.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante el escrito de tutela, contemplado en folios 2- 5 del primer cuaderno y sus anexos (fol.6-21), el accionante manifiesta ser un paciente diabético e hipertenso que hace varios años presenta disfunción sexual eréctil; sin respuesta a tratamientos médicos, como secuela del diagnóstico principal diabetes mellitus.

Expresa que por recomendación de Urología se indicó la aplicación de prótesis rígida de marca Johnson u otra marca como Gil médica, desde el 31 de mayo del año 2019,

¹ Vista a folios 29-34 cdno 1 del expediente digital

realizando solicitud el 10 de junio de 2019 con número de prescripción 20190610138012492077, solicitando el procedimiento INSERCIÓN O REEMPLAZO DE PROTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE (RÍGIDA O SEMIRÍGIDA), firmado por el doctor Juan Carlos Velasco Robles. Añade que le informaron que en 6 días hábiles tendría respuesta por parte de su EPS, transcurriendo más de siete meses sin que a la fecha se encuentre tramitada dicha solicitud, indica que fue informado de manera verbal meses después que la solicitud del procedimiento INSERCIÓN O REEMPLAZO DE PROTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE (RÍGIDA O SEMIRÍGIDA), fue negada.

Afirma que es un hombre mayor de 64 años y que por su estado de salud no tiene un trabajo formal, solicita una atención integral pues aduce no tener la capacidad económica para realizar el procedimiento solicitado de forma particular ni sufragar los costos post quirúrgicos que se lleguen a causar derivados del mismo.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

A folio 66 del expediente digital (folio 66 cnd. 1) el **ADRES** dijo que es función de la EPS la prestación del servicio de salud y no de ellos como Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud. Que por este motivo se existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de ellos. Que el procedimiento del recobro del valor de los gastos que realice la EPS es un trámite administrativo, por lo que solicita negar el amparo invocado por el accionante.

A folio 75 siguiente la IPS pública **Hospital San Juan de Dios de Cali**, dijo haber brindado al accionante todos los servicios de salud con los que cuenta; sin ningún distintivo de si posee aseguramiento o no, de si pertenece o no a esa jurisdicción y que la pretensión de brindarle el tratamiento especializado y el tratamiento integral debe de ser solicitada y autoriza por EMSSANAR EPS o en su defecto el Ente Territorial, puesto que ellos solo son una IPS, por lo cual solicitan la desvinculación de la acción de tutela.

A su turno la **Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca** indicó que corresponde a la EPS a la cual pertenece el usuario como afiliado activo e IPS con las cuales se tiene convenio, la gestión y atención de la solicitud del accionante, conforme a las ordenes emitidas por el médico tratante. Concluyó solicitando la desvinculación de la acción de tutela.

A folio 88 del expediente digital (folio 27 cnd. 1) se observa que el 25 de febrero de 2020 se completó la entrega al destinatario tutelasrvc@emssanar.org.co, teniendo en cuenta que en la Sentencia de tutela No.020 del 04 de marzo de 2020 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria Valle (folio 30 expediente digital) indicó que EMSSANAR ESS EPS guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

El señor Juez resolvió mediante sentencia NO. 020 del 04 de marzo de 2020 obrante a folio 29 del expediente digital, tutelar los derechos invocados por el accionante y ordenó al Gerente que la EPS EMSSANAR S.A.S autorice y garantice la realización de la tecnología médica denominada INSERCIÓN O REEMPLAZO DE PRÓTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE (RÍGIDA O SEMIRRÍGIDA) a favor del accionante y en la forma indicada por el médico tratante y negó la solicitud de atención integral.

LA IMPUGNACIÓN

La EPS accionada impugnó la referida sentencia (fol.48 del expediente digital), expresando que en el fallo de primera instancia se expresó que " EMSSANAR guardó silencio", pero que el 25 y 26 de febrero solicitaron al despacho copia completa del auto de admisión de tutela puesto que les era necesario la revisión de los soportes completos, por lo expuesto indican que se les está vulnerando el derecho a la defensa conforme a lo ordenado en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia, por no tenerles en cuenta la solicitud emitida por el departamento de gestión documental en la cual se requería que los autos interlocutorios fueran enviados completos.

Respecto de la afiliación del señor HERNÁN COBO MOSQUERA indicó que se encuentra afiliado bajo la modalidad del régimen subsidiado en salud y que la solicitud de INSERCIÓN O REMPLAZO DE PROTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE, fue realizada bajo la plataforma de Mipres, encontrándose inconsistencia en la validación de los códigos MIPRES V1-68, situación que se debe corregir por el Hospital San Juan de Dios de la Ciudad de Cali y de esta forma proceder inmediatamente a generar el direccionamiento de la tecnología requerida por el usuario.

Aduce que nunca ha negado un servicio de salud al usuario; ni aquello que necesite el usuario para el tratamiento de la patología de base y lo soliciten los médicos

tratantes que sean de su red de prestadores y que en el cuadro de autorizaciones (folio 50 expediente digital) no se evidencia negación de servicios o incumplimiento a las ordenes medicas del galeno tratante, que de la misma manera seguirá autorizando todo lo que requiera el accionante y que se encuentre dentro del marco establecido en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, por lo anterior solicita revoque la sentencia de primera instancia.

Finalmente pide declarar la nulidad de la acción de tutela toda vez que los oficios solicitados a la instancia falladora en primera instancia no fue enviados. (folio 44 expediente digital)

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Por activa, surge en el señor **HERNÁN COBO MOSQUERA** como quiera que es una persona quien busca la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados tal como emana del artículo 86 constitucional.

Por pasiva se encuentra legitimada **EMSSANAR EPS hoy S.A.S.**, a la cual se encuentra afiliado el accionante, como quiera que es una entidad encargada de asegurar la prestación del servicio público de salud. Lo están de manera general por la parte pasiva la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – **ADRES**, la **Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca** como entidades reguladoras del servicio de salud y la ESE **Hospital San Juan de Dios de Cali**.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, en atención al factor funcional.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: Le corresponde a esta instancia determinar **(1)** si a él señor **HERNÁN COBO MOSQUERA** se le han vulnerado los derechos a la vida, la salud, la igualdad y la dignidad humana por parte de la EPS accionada al no expedirle las órdenes del procedimiento denominado INSERCIÓN O REEMPLAZO DE PRÓTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE (RÍGIDA O SEMIRRÍGIDA). **(2)** si es procedente revocar la sentencia de primera instancia conforme fue solicitado por la entidad accionada? Ante lo cual se contesta desde ya en sentido **negativo** a la primera y en sentido **positivo** a la segunda, con base en las siguientes apreciaciones.

Debemos considerar que al ser establecida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política de 1991 la reconocida Acción de tutela, se dirigió a la protección de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto, que fueren amenazados o vulnerados, y a la vez se encomendó la protección de dicho reglamento a la Corte Constitucional máxima autoridad judicial en la materia, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de amparar los derechos fundamentales, incluidos en dicho título, como los que se ubiquen en otro parte de la Constitución, como en general aquellos que sean inherentes a la persona humana y por ende ostente tal categoría (v.gr. la salud, la dignidad humana) así quedó asentado en la sentencia **T-760 de 2008**, lo cual legitima que en este expediente nos ocupemos de los invocados por la parte accionante.

No sobra recordar que entre los grupos de personas que la mencionada Corte y nuestra Constitución Política ha tenido a bien asumir como población vulnerable, tenemos las mujeres², los menores de edad³, los adultos mayores⁴, los pacientes de enfermedades de alto costo o ruinosas⁵, a quienes se les debe dar una protección mayor que al común de los congéneres en orden a superar tal estado de desigualdad y debilidad, lo cual se debe examinar en el presente asunto respecto del accionante **HERNÁN COBO MOSQUERA** quien tiene 62 años de edad por ende clasifica como persona de la tercera edad; lo que por sí mismo permite pasar a considerar si se acredita o no el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional exige en materia de protección del derecho a la salud como para ordenar el suministro del procedimiento denominado INSERCIÓN O REEMPLAZO DE PRÓTESIS INTERNA DE PENE NO INFLABLE (RÍGIDA O SEMIRÍGIDA).

Establece la jurisprudencia constitucional en su sentencia **T-010 de 2019 (M:P: Cristina Pardo S.)** mediante la cual reitera lo dicho en la SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero:

“(…) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

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.

² Sentencia T 434 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

³ Sentencia T-133 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Sentencia T 239 de 2015 M.P.(e) Martha Victoria Sánchez Méndez. De acuerdo con la ley 1276 de 2009, art. 7 literal b, en Colombia se es adulto mayor a partir de los 60 años de edad.

⁵ Sentencia T-898 de 2010

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.^[62].

Bajo este entendido con relación al presente asunto se pasa a examinar si se cumplen todos y cada uno de dicho requisitos.

Así tenemos respecto de la exigencia prevista en el literal **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.^[62].*) que sí existe una orden médica emanada de un profesional adscrito a la red pública de servicios.

En lo relativo al requisito del literal **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.*) cabe anotar; que el accionante se encuentra adscrito al régimen subsidiado de salud lo cual podría dar lugar a pensar que no tiene la capacidad económica para asumir el costo del implante que pretende. Lo que no resulta convincente es su argumento de no poder trabajar por presentar diagnóstico de presión alta y diabetes, toda vez que es un hecho notorio y público que una gran cantidad de colombianos y colombianas presentan igualmente esas afecciones y salen cada día a procurar su sustento; por no ser afecciones incapacitantes.

En cuanto al requisito del literal **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.*) una vez revisado el expediente se puede expresar que no se da por cumplido en cuanto que los hechos informados y anexos allegados no traslucen que la vida del accionante esté corriendo peligro; o lo esté su integridad física o que amenace su existencia en condiciones dignas; más aún no obra informe médico indicativo de haberse agotado todas las otras opciones posibles.

En lo atinente al requisito del literal **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.*) una vez revisado el plenario se resalta cómo no obra prueba de no existir otro mecanismo que permita alcanzar la solución pretendida; de que ya han agotado otras las opciones posibles. El informe médico dice que no ha tenido buen resultado con unos medicamentos pero omite decir si ya se agotaron todas las opciones posibles entre los cuales puede estar por ejemplo: la atención por psicología tal como lo enseña a título general la literatura médica vista en la web⁶ que esta instancia judicial refiere solo a título de fundamento para este fallo y en la cual se lee que una disfunción eréctil se puede mejorar por esa otra forma de prestación del servicio de salud.

Así las cosas, aunque acorde a su edad el accionante **HERNÁN COBO MOSQUERA** goza de especial protección constitucional, no puede pensarse que se reúnan los demás requisitos como ordenar en sede de tutela y con cargo al erario público la prestación de un servicio NO POS o NO PBS menos hoy por hoy en plena PANDMEIA COVID 19 donde se debe dar prelación a pacientes cuya existencia sí puede estar comprometida; por lo que habrá de revocarse lo ordenado en la sentencia impugnada, haciendo claridad que en el folio 89 del expediente digital (folio 27 fallo de primera instancia) se observa que se completó la entrega del correo electrónico a el destinatario tutelasrv@emssanar.org.co; luego no se aprecia la nulidad deprecada.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la **sentencia No. 002 de 04 de marzo de 2020**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de candelaria**, Valle del Cauca, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por **HERNÁN COBO MOSQUERA** identificado con la **C.C. No.6.218.603** de Candelaria (V.) contra **EMSSANAR S.A.S.**. Asunto al cual fueron vinculados la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, Hospital San Juan de Dios de Cali, y el ADRES, por lo expuesto en precedencia.

⁶ <https://www.bostonmedicalgroup.es/blog-sexualidad-masculina/impotencia-sexual-psicologica>.
Revisado hoy julio 15 de 2020

SEGUNDO: NO AMPARAR los derechos fundamentales invocados por el señor **HERNÁN COBO MOSQUERA** identificado con la **C.C. No.6.218.603** de Candelaria (V.) dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por él contra **EMSSANAR S.A.S.**

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CUARTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991 y las previsiones dadas por esa Corporación con ocasión de la cuarentena generada por la pandemia del Covid 19.

CÚMPLASE

Firmado Por:

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO PALMIRA

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:

66770f8d49576fca972bd3df6707804cdda81873c2ac666f7e95b48af3cb064
d

Documento generado en 15/07/2020 10:09:20 AM