



Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso

Sogamoso, cuatro (04) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN : TUTELA
EXPEDIENTE : 2019-0473
ACCIONANTE: ANTONIO RODRÍGUEZ FLÓREZ
ACCIONADO : MEDISALUD U.T.

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por el Señor ANTONIO RODRÍGUEZ FLÓREZ identificado con CC. No. 9.519.010 de Sogamoso contra MEDISALUD U.T., por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la Salud y a la Vida.

I.- LA DEMANDA.

Señala la accionante, que se encuentra afiliado a la empresa prestadora de salud MEDISALUD E.P.S y que tiene 64 años de edad.

Afirma que el día 28 de junio de 2017, le fue realizada una "PROSTATECTOMIA RADICAL", como resultado de ello, requiere una cirugía de colocación de "PRÓTESIS PENEANA INFLABLE".

Manifiesta que lleva más de seis (6) meses solicitando la autorización para dicha cirugía, pero a la fecha MEDISALUD E.P.S le manifiestan que no le van a realizar la cirugía debido a que a la EPS no cubre estos procedimientos dado que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Expresa que es una persona de escasos recursos económicos, y no le es posible asumir dicho costo de la "PRÓTESIS PENEANA" que es el único tratamiento que solucionaría su problema de disfunción eréctil.

Apunta que en vista de lo anterior se ve en la obligación de radicar esta acción constitucional en contra de MEDISALUD E.P.S, a fin de que se tutelan sus derechos fundamentales, trasgredidos flagrantemente por la accionada.

Como pretensiones solicita se protejan sus derechos fundamentales a la Salud y a la Vida y como consecuencia de ello se ordene a la E.P.S MEDISALUD, asuma el costo total de la "Prótesis Peneana" y se proceda a su implante de manera inmediata.

II. TRAMITE

La demanda de tutela fue radicada el 22 de noviembre de 2019 (f.13) y este Despacho a quien correspondió por reparto la demanda, en providencia de la misma fecha avocó su

conocimiento, dispuso la notificación de las partes y solicito a la entidad accionada informar a este Despacho sobre los hechos de la tutela. (f.13). posteriormente en providencia del 28 de noviembre se ordenó la vinculación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) y a la FIDUPREVISORA entidades que pudiesen tener incidencia en el presente trámite constitucional.-

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. MEDISALUD UT. El Dr. MILLER AUGUSTO VARGAS, se presenta como Representante Legal de unión temporal (fs.17-51), aclarando que la UNION TEMPORAL inició con la prestación de servicios a partir del 01 de marzo de 2018.

A los hechos, indicó que al señor ANTONIO RODRÍGUEZ FLÓREZ, quien se encuentra afiliado a MEDISALUD UT, el pasado 01 de marzo del año en curso se le vienen prestando los servicios requeridos por el usuario.

Expresa que desde que se inició con la prestación del servicio por parte de la unión temporal, se le ha autorizado los servicios ordenados y se le viene suministrando los medicamentos que han sido formulados.

Respecto a la solicitud de prótesis penéana informa que MEDISALUD UT no accede a dicha solicitud teniendo en cuenta que en los términos de referencia en el anexo 1 COBERTURA y PLAN DE BENEFICIOS, en el cual se establece el manejo y las exclusiones, determinando el servicio pedido como una exclusión.

A su vez indica que es pertinente que se haga pronunciamiento del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), teniendo en cuenta que MEDISALUD UT firmó un contrato con el Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio por licitación realizada por el FIDUPREVISORA S.A., resaltando que el FOMAG fue quien estableció las exclusiones el Plan de Beneficios del Magisterio, por lo tanto expresa que es importante que sea requerido dentro de la presente tutela, para que en caso de tutelar las peticiones del accionante, dicha orden sea dirigida contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) toda vez que dicha entidad debe asumir el suministro de dichos excluidos, no MEDISALUD UT.

A su vez expresa que el régimen de excepción del Magisterio se establece unas condiciones diferentes al régimen contributivo. En el régimen de excepción no existe el POS y NO POS, sino un plan de beneficios claramente definidos.

Indica que con el fin de proteger y mantener el equilibrio económico del sistema de seguridad social en salud, la misma ley establece una serie de prestaciones que son responsabilidad directa del Estado. Por ello pretender en el presente caso que MEDISALUD UT tenga que asumir los costos económicos de un servicio excluido del Plan de Beneficios del Magisterio,

sería imponerle obligaciones que no le corresponden, vulnerando así su equilibrio económico.

Afirma que al accionante no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues el no suministro de la prótesis penea inflable no afecta su salud por cuanto no compromete ninguno de sus órganos o funcionalidad de los mismos, con lo cual no se está ante un perjuicio irremediable que atente contra la vida del mismo.

Deduciendo que la disfunción eréctil que presenta el accionante, no es mayor obstáculo para el desenvolvimiento de sus relaciones intrafamiliares. En el concepto del médico tratante no consta observación referente a perturbaciones por su apariencia física y si bien en el informe médico tratante que está viendo al accionante, plasma síntomas del diagnóstico, también lo es que no está en juego el mínimo vital de la salud en conexidad con la vida.

Dicho lo anterior, la parte accionada se opuso a todas las pretensiones, aduciendo que no se está vulnerando ningún derecho fundamental, ya que nos encontramos con un tratamiento que se encuentra excluido del Plan de Beneficios de Magisterio y deben ser asumidos por el usuario, recalcando que no se evidencia peligro del estado de salud del accionante, no hay riesgo vital que justifique el suministro de la prótesis peneana y, reitera que MEDISALUD U.T. ha brindado el servicio de salud de forma responsable y oportuna dentro de su red de prestadores de servicios, sin que se evidencie negación injustificada del servicio.

Propuso como fundamentos defensivos, los denominados "IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA POR INEXISTENCIA DE VIOLACION A UN DERECHO FUNDAMENTAL POR PARTE DE MEDISALUD UT – CARENCIA DE OBJETO" y FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA" los dos compartiendo un núcleo argumentativo común fundado en que no se acredita el presupuesto para la procedencia de la tutela, y es la inexistencia de vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

3.2. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).

Guardó silencio pese a que se le comunicó la vinculación del presente trámite tal como se avista a folio 48.

3.3. FIDUREPVISORA S.A. La entidad guardó silencio, pese a que se le comunicó la vinculación del presente trámite (fl.49)

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Asunto a resolver.

El Juzgado debe decidir si MEDISALUD UT, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUPREVISORA., vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor ANTONIO RODRÍGUEZ FLÓREZ, teniendo

en cuenta que no se ha autorizado e implantado al PRÓTESIS PENEANA que requiere en razón a su patología y que fuese ordenado por la médico tratante.

4.2. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, preferente y sumario, que tiene por finalidad la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos expresamente consagrados en la ley.

La misma norma en cita dispone que la ley debe establecer los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio Público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada a: i) que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público; ii) que el particular afecte gravemente el interés colectivo y, iii) que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente al particular. En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numeral 4° establece lo siguiente: *“Procedencia: La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 4° Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”* Sentencia T-707/08, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Según el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, que en términos de la reiterada Jurisprudencia Constitucional deben ser idóneos, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; resulta improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, e igualmente, cuando la violación del derecho ocasionó un daño consumado. La protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

4.3. Procedencia de la acción de tutela en el caso analizado

Al margen del indiscutible carácter fundamental que posee tanto el derecho a la vida como el de salud (T-760/08) el Juzgado estima que en el presente asunto la acción de tutela no puede ser usada como mecanismo principal o remedio urgente para conjurar los presuntos agravios que a sus derechos constitucionales reclama el señor RODRIGUEZ FLOREZ en búsqueda de que se ordene a la accionada (MEDISALUD U.T) y vinculadas (FOMAG – FIDUPREVISORA), la autorización e implantación de una *protesis penena inflable*, dado que

no se cumple con el requisito de subsidiariedad ni se alega o demuestra un perjuicio irremediable en ese sentido, veamos:

Lo primero será destacar que en consulta de control urología Departamento de Urología del Hospital San José- Bogotá (fls 9 a 12), donde obra diagnóstico del Dr. HERNÁN APONTE de fecha 29 de octubre de 2019, **se prescribe como tratamiento** para la situación médica que actualmente cursa el actor la **“COLOCACIÓN PRÓTESIS PENEANA INFLABLE”** por el diagnóstico de **“IMPOTENCIA DE ORIGEN ORGÁNICO- CONFIRMADO REPETIDO – DIAGNOSTICO PRINCIPAL”**

Igualmente a folio 9, en el documento de consulta de control de urología, se especifica **“PACIENTE DE 64 A LOS QUIEN FUE LLEVADO A PROSTATECTOMIA RADICAL ABIERTA MAS LINFADENECTOMIA PÉLVICA + RAFIA RECTO (28-6-2017) (SALGADO), SECUNDARIO A ADENOCARCINOMA DE PRÓSTATA PT2NMORI (...) RIESGO ALTO, 4/24 GANGLIOS COMPROMETIDOS EN QUIEN SE REALIZO ADICIONALMENTE RADIOTAERAPIA #33 SESIONES LA CUAL FINALIZO EL 13-07/2018, QUIEN FUE LLEVADO A URETROTOMIA INTERNA, ENDOSCOPIA EN NUMERO DE 2 (...) TESTOSTERONA 2.5 BUEN CHORRO, FU 3X2, CONTINENTE NO USA PAÑAL NO ERECCIÓN 0-1/5 NO RESPUESTA CON ORALES Y CON RESPUESTA PARCIAL A LA PRUEBA DE ERECCIÓN 20 MCGR ERECCIÓN 3-4/5 CON DOLOR, SE CONTINUARA CON TADALAFILO 5MGR, POBRE RESPUESTA DE ERECCIÓN, EL PTE DESEA LA COLOCACIÓN DE PRÓTESIS (...) ordenando “CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN UROLOGÍA- CITA CONTROL CON AUTORIZACIÓN MIPRES – CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN MEDICINA INTERNA - TENSIONES ARTERIALES MUY ELEVADAS”**. Negrilla fuera de texto

A partir de lo anterior si bien al señor ANTONIO RODRÍGUEZ FLOREZ el galeno tratante le ha prescrito una intervención quirúrgica para remediar la secuela de disfunción eréctil que al parecer le habría generado la cirugía de próstata y que no ha podido combatir con fármacos, no aparece en el proceso acreditación de que además del objetivo de hacer funcional el órgano sexual, el implante se necesite para facilitar o tratar funciones orgánicas ligadas a sus sistema urinario que resulten vitales como bien lo destaca la accionada; tampoco se prueba que la implantación del insumo sirva como remedio a otro tipo de secuelas o cuadros asociados, como bien podría serlo un desorden o patología psicológica o emocional, sin que en la Historia Clínica ello sea materia de mención o exista una valoración o concepto del área respectiva.

Ello resulta relevante en este caso, porque debe recordarse que el ejercicio de la acción de tutela como medio subsidiario a las vías ordinarias impone la acreditación de un perjuicio irremediable, cuyas condiciones han sido destacadas por la jurisprudencia así:

“en primer lugar, el perjuicio debe ser **inminente** o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser **grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de

determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse **medidas urgentes** para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las **medidas de protección deben ser impostergables**, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”¹

La demanda ni siquiera menciona o alude a la existencia de un perjuicio irremediable y ciertamente tampoco resulta evidente o de bulto, reiterándose que en la HC el procedimiento tiene como único propósito recuperar la habilidad sexual del paciente y no una orgánica o sistémica en el contexto del adecuado funcionamiento de sus órganos vitales, ergo se infiere que no hay compromiso de funciones esenciales, de la vida o de su integridad física o emocional.

En adición a ello debe relievase que el problema de salud sexual del promotor viene desde junio de 2017 cuando se realizó la prostactectomía, avanzando todo el año 2018 y parte de 2019 en manejo con fármacos, quedando entonces como última opción el tratamiento quirúrgico, no es entonces, una condición médica que requiere de manejo urgente e impostergable y muestra de ello es justamente el relato del tiempo atinente tanto a la enfermedad como a su manejo.

Esto permite descartar que exista un perjuicio irremediable que en sus atributos de *daño inminente y grave e intervención impostergable y urgente*, sugieran que es la acción de tutela y no otra vía procesal el mecanismo idóneo de protección de los derechos del señor RODRIGUEZ FLOREZ, cuando se recuerda, puede éste acudir a otro tipo de procedimiento expedito para solventar la actual discusión que existe entre el prestador de servicios de salud y el usuario en punto de la cobertura del procedimiento, como lo es el regulado en la Ley 1122 de 2007 ante la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, quien sería entonces el juez natural de la controversia, sin que pueda la jurisdicción constitucional arrogarse sus competencias, mucho menos si no se acredita en este proceso la existencia de situaciones que desdigan de su idoneidad o que del prolija cuenta de la existencia de un mal inminente en caso de no intervenir.

En punto de lo señalado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional referente al procedimiento jurisdiccional ante la superintendencia, dijo en sentencia T-316 A de 2013:

“El artículo 86 de la Carta establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En materia de seguridad social en salud, las leyes 1122 de 2007² y 1438 de 2011³ confirieron a la Superintendencia Nacional de Salud potestades jurisdiccionales para resolver, con las facultades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Así por ejemplo, el **artículo 41 de la Ley 1122 de 2007**, señala que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. Igualmente, es

¹ Sentencia T-1316 de 2001

² “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

³ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

competente para decidir “sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”.

Este procedimiento judicial inicia con la presentación de una solicitud informal, sin necesidad de apoderado, en la cual se deben sintetizar los hechos que originan el conflicto, la petición a resolver y el lugar de notificación de las partes. Dentro de los 10 días siguientes a la radicación del oficio se dicta fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes. El trámite debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente el derecho al debido proceso de las partes.

De lo anterior, la Sala observa que, en principio, el procedimiento judicial ante la Superintendencia de Salud es idóneo y eficaz, por lo cual la acción de tutela no sería el mecanismo procedente en estos casos, salvo que se configure un perjuicio irremediable, que se presenta cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o un derecho constitucional fundamental, sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo debe ser inminente y debe requerir medidas urgentes e impostergables⁴.

Al analizar el caso en estudio, la Corte advierte que dos magistrados de la Sala del Tribunal de segunda instancia determinaron que la acción era improcedente, al considerar idóneo y eficaz el mecanismo ante la Superintendencia. No obstante, el otro magistrado del órgano colegiado se apartó de la decisión, al observar la configuración de un perjuicio irremediable por la urgente necesidad del examen médico requerido por la hija de la accionante.

Al respecto, la Corte considera acertada la posición del magistrado disidente, es decir, que la presente acción de tutela es procedente, toda vez que en este caso resulta desproporcionado señalar que el mecanismo ante la Superintendencia de Salud es preferente sobre la acción de tutela, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos procedimientos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos.

En el presente caso, se encuentra probado que la hija de la accionante necesita urgente la realización de un examen médico para efectuar la cirugía impostergable de pulmón que requiere para tratar la enfermedad que padece, por lo que el recurso de amparo se erige como vía judicial preferente.

A pesar de ello, se evidencia que dicha situación no fue analizada por el juez colegiado de segunda instancia, puesto que se limitó a verificar la procedencia de otro mecanismo, sin analizar su pertinencia en concreto, y sin tener en cuenta que el funcionario judicial de primer grado evidenció la vulneración de los derechos fundamentales de la niña y accedió a la protección de los mismos al satisfacerse los requisitos jurisprudenciales para el efecto.

Por lo anterior, se continuará con el análisis de procedibilidad, no sin antes reiterar que es obligación del juez constitucional examinar la proporcionalidad y razonabilidad de exigir el cumplimiento del presupuesto de subsidiariedad en cada caso concreto, puesto que su aplicación estricta puede permitir la configuración de un perjuicio irremediable, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños” - se destaca-

Tesis reiterada en sentencia T-425 de 2017:

“En suma, el Legislador asignó una función jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social (art. 41, Ley 1122 de 2007 y art. 126-127, Ley 1438 de 2011). Dicho procedimiento preferente y sumario permite a la entidad fallar en derecho, definitivamente y con las facultades de un juez las controversias puestas en su conocimiento.

Esta Corporación se ha referido a la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y determinó que los funcionarios que desarrollan la competencia jurisdiccional de la Superintendencia no pueden ser los mismos que tienen a su cargo las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la entidad. De igual manera, esta Corte consideró que la función jurisdiccional de la Superintendencia es principal y prevalente mientras que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario, lo que no impide que la acción constitucional proceda como mecanismo transitorio.

Sumado a lo anterior, existe un extenso número de sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema en particular. Inicialmente, la Corte consideró que el procedimiento para resolver las controversias atinentes al derecho a la salud debía agotarse previo el estudio de su eficacia

⁴ Sobre el perjuicio irremediable se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-708 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-595 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-189 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

e idoneidad. Con posterioridad, la Sala Segunda de Revisión declaró que el trámite a surtirse ante la Superintendencia era idóneo y eficaz. No obstante, la misma Sala en el año 2013 adecuó su posición y declaró que el mecanismo en cuestión no era eficaz y que su idoneidad no se podía verificar ya que no había sido reglamentado.

Más adelante, este Tribunal señaló que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011 estableció los términos de primera instancia y en el que se puede presentar la impugnación, pero no reguló el término para que se resuelva la segunda instancia dentro del mecanismo jurisdiccional. Sobre este punto, la Sala Quinta de Revisión en la sentencia T-603 de 2015⁵ consideró que por vía de analogía se puede aplicar el término previsto “en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”. Esta Corporación señaló en el Auto 232 de 2001 que la aplicación del principio de analogía supone (i) la ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; (ii) que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador y (iii) que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo. En dicha providencia, la Corte determinó, por vía de analogía, el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación.⁶

Finalmente, las sentencias de esta Corporación han hecho énfasis en que el juez de tutela se debe abstener de remitir las diligencias a la Superintendencia cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas y que se debe hacer un análisis de cada caso para determinar si el procedimiento ante el ente administrativo de la salud es idóneo y eficaz o si, por el contrario, puede ser desplazado por la acción de amparo.

Conclusiones

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de manera mayoritaria por la Corte Constitucional, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual. De esta manera, la acción de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjugarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad.⁷ Además, la tutela procede excepcionalmente en los eventos en que derivado de un análisis se establezca que el mecanismo a surtirse ante la Superintendencia no es idóneo o eficaz.

La Corte ha resaltado que como criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud se debe llevar a cabo un estudio de cada caso para determinar: (i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz. En este punto se hace imperioso que el juez de tutela tenga en cuenta que la Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales.⁸ Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan presentar las demandas por función jurisdiccional al correo funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co y adelantar el procedimiento vía internet. – se destaca-

Sigue de lo anterior, que al no estar en riesgo la vida, la salud o la integridad del señor ANTONIO RODRIGUEZ FLOREZ en punto de la discusión que actualmente sostiene con MEDISALUD UT en relación a la exclusión del plan de beneficios de la prótesis peneana inflable; sin advertirse ni haber sido alegado perjuicio irremediable el procedimiento jurisdiccional regulado en la ley 1122 de 2007⁹ (modificado por las leyes 1438/2011 y

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶ Corte Constitucional, Auto 232 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería) en el que la Corte señaló que “El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración: Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo”.

⁷ Sobre los elementos para que se configure un perjuicio irremediable pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-355 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-346 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-293 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-633 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁸ La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

⁹ ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

1949/2019) ante la Superintendencia de Salud se muestra idóneo y eficaz para dar solución a su controversia, como quiera que la brevedad de su trámite (actualmente de 20 días), y facilidad en su interposición pues incluso puede incoarse por mensaje de datos y sin necesidad de abogado permitirá con rapidez solventar la diferencia respecto a la procedencia de la autorización del servicio que el actor desea le sea prestado, haciendo que la presente acción de tutela por su carácter subsidiario que no sustituto, se abra camino.

Se destaca finalmente que la SUPERINTENDENCIA tiene competencia para conocer de la controversia entre el usuario ahora accionante y las "Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen" lo cual permite colegir que también tiene jurisdicción sobre MEDISALUD UT¹⁰ prestador de servicios de salud del régimen especial del Magisterio.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Declara improcedente** la acción de tutela presentada por el señor ANTONIO RODRÍGUEZ FLÓREZ identificado con C.C. N° 9.519.010 de Sogamoso contra

a) **Cobertura de los servicios**, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos: (...)

c) Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.

d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La demanda debe ser dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar; la pretensión, el derecho que se considere violado, así como el nombre y dirección de notificación del demandante y debe adjuntar los documentos que soporten los hechos.

La demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación; por memorial, u otro medio de comunicación escrito. No será necesario actuar por medio de apoderado, esto sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

La Superintendencia Nacional de Salud emitirá sentencia dentro de los siguientes términos:

Dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda en los asuntos de competencia contenidos en los literales a), c), d) y e) del presente artículo.

Dentro de los 60 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal b) del presente artículo.

Dentro de los 120 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal f) del presente artículo.

PARÁGRAFO 1o. Las providencias emitidas dentro del proceso jurisdiccional se notificarán por el medio más ágil y efectivo. La sentencia podrá ser apelada dentro de los 3 días siguientes a su notificación. En caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Laboral del domicilio del apelante.

PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia Nacional de Salud solo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

PARÁGRAFO 3o. La Superintendencia Nacional de Salud en el ejercicio de la función jurisdiccional podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.

2. Definir en forma provisional la entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o en la que deberá ser atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de multifiliación, traslado o movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir sentencia definitiva o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico o el médico tratante según el caso.

PARÁGRAFO 4o. Los procesos presentados con fundamento en el literal g) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pendientes de decisión al momento de entrar en vigencia la presente reforma serán decididos por la Superintendencia Nacional de Salud según las reglas allí previstas.

¹⁰ Ver Boletín jurídico No. 46 de SUPERSALUD

MEDISALUD UT y las vinculadas FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA por infracción al principio de subsidiariedad de la acción de amparo, conforme lo expuesto.

2. **Notifíquese** este fallo a las partes por el medio más rápido y eficaz (art. 30 Decreto 2591 de 1991)
3. Si esta sentencia no es impugnada dentro del término de tres días, contados a partir de su notificación, **envíese** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

