

REPUBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL
DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SENTENCIA No. 261**

Cali, Treinta y Uno (31) de Octubre de Dos Mil Veintitrés (2023).

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por el señor NARCILO MARCELINO RUA CUERO, en contra de EMSSANAR EPS, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

II.- ANTECEDENTES

A.- HECHOS

1.- Manifiesta el accionante, que se encuentra afiliado a la EPS Emssanar y presenta diagnóstico de “*ESPONDILITIS ANQUILOSANTE*”, que le genera dolor, hinchazón, rigidez y pérdida de función articular.

2.- Que presenta inconvenientes con su EPS, pues no le autoriza ni hace entrega del medicamento para su tratamiento llamado “*ETANERCEPT POLVO LIOFILIZADO 25MG SUBCUTANEO*”, vulnerando así su derecho fundamental a la salud y seguridad social.

B.- PRETENSIONES DEL ACCIONANTE.

Solicita el accionante que se tutele los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, como medida provisional se ordene a EMSSANAR EPS que le haga entrega del medicamento “*ETANERCEPT POLVO LIOFILIZADO 25MG SUBCUTANEO*”, y le brinde atención integral frente al diagnóstico Espondilitis Anquilosante.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto No. 3715 de fecha 19 de octubre de 2023, este Despacho admitió la tutela ordenando oficiar a la entidad accionada, con el fin de que en el término de dos (02) días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se ordenó la vinculación de CENTRO DE SALUD POTRERO GRANDE, RED DE SALUD DEL ORIENTE E.S.E, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD, y se negó la medida provisional solicitada por el accionante.



A través del auto No.3752 del 26 de octubre de 2023, se requirió al accionante a fin de que en el término de 1 día aportara copia de la orden médica del medicamento denominado "ETANERCEPT POLVO LIOFILIZADO 25MG SUBCUTANEO".

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

EMSSANAR EPS, pese a ser notificada, no aportó respuesta a la acción de tutela.

LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL. Da respuesta indicando que una vez revisada la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social - ADRES-ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD; se evidencia que el accionante se encuentra activo en la Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud EMSSANAR S.A.S, por lo que es responsabilidad de esa Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud, garantizarle al en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos y tecnologías conforme a lo indicado por su médico tratante.

RED SALUD DEL ORIENTE, Alega respuesta indicando que al accionante desde la Red Salud del Oriente ESE Hospital Carlos Holmes Trujilo, se le han brindado todas las atenciones medico asistenciales que ha requerido de forma oportuna de acuerdo al nivel básico de atención, por ende, están cumplimiento cabalmente con el deber que le asiste para el caso, configurándose así, falta de legitimación por pasiva.

La SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA MUNICIPAL manifiesta que, verificado el estado de afiliación del señor Nacilo Marcelino Rua Cuero, hace parte del régimen subsidiado, y para el caso, es responsabilidad de Emssanar suministrar atención en salud de manera completa al accionante para prevenir un daño irremediable.

III. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar si EMSSANAR EPS ha vulnerado los derechos invocados por el señor *NARCILO MARCELINO RUA CUERO*, al no autorizar ni entregar el medicamento denominado *ETANERCEPT POLVO LIOFILIZADO 25MG SUBCUTANEO*., que requiere para el tratamiento del diagnostico "*ESPONDILITIS ANQUILOSANTE*",

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A.- COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B.- MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

3.1.1. *La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).*

3.1.2. *Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.*

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. *Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.*

3.1.4. *Es decir, según el criterio de "conexidad", bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales. (. . .)*

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. *La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la "conexidad" como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:*

"Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para

Sentencia T-571 de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria Calle
Sentencia T-131 de 2007 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
sentencia T-903 del 2014 Luis Guillermo Guerrero Pérez



hacer efectivo el derecho fundamental”.

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.”¹

2.- Debe existir orden del médico tratante

Precisamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el instrumento idóneo para determinar la necesidad de un servicio médico es la prescripción del médico tratante, pues sólo estos profesionales tienen el conocimiento científico requerido sobre la enfermedad y sobre las particularidades del paciente, lo que los convierte en los sujetos aptos para determinar el tratamiento requerido para superar una dolencia. En este sentido, en la Sentencia T-692 de 20121, esta Corporación sostuvo que:

“De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud.

La regla anterior se replica también como límite al juez constitucional, quien, en sede de tutela, sólo podrá ordenar la prestación de un determinado servicio cuando exista una orden del médico tratante en tal sentido, ajustada a las circunstancias actuales del paciente; lo que impide, a contrario sensu, que sea el juez quien determine si lo

¹ Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger



solicitado por el accionante corresponde o no a una prestación médica acertada y pertinente.”

C.- CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, es preciso establecer si se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

En el presente asunto, el accionante manifiesta que la EPS Emssanar no autoriza ni entrega el medicamento denominado "ETANERCEPT POLVO LIOFILIZADO 25MG SUBCUTANEO" para el manejo del diagnóstico "ESPONDILITIS ANQUILOSANTE", y acude mediante acción de tutela a fin de que se ordene a la accionada la entrega del medicamento y le brinde una atención integral en salud, empero, no aporta ninguna orden médica que soporte su pretensión

Por lo anterior, mediante auto de 26 de octubre de 2023 se le ordenó al señor RUA CUERO, que aportara la orden expedida por el médico tratante, para lo cual se le concedió el término de 1 día.

Sin embargo, el accionante hizo caso omiso del requerimiento, lo cual impide la prosperidad de la protección tutelar reclamada, toda vez que en tratándose de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos, es necesario aportar con el escrito de tutela, las ordenes médicas expedidas por el médico tratante, como quiera que el juez constitucional carece de los conocimientos médicos y científicos necesarios para llegar a determinar si la paciente necesita que se le suministre la atención en salud que reclama.

El no aportar las ordenes médicas correspondientes, conlleva inexorablemente el rechazo de la tutela por improcedente y por ello, se repite, el Despacho requirió al accionante, para que en el término de un (01) día aportara la ordene médica vía correo electrónico, requerimiento que no atendió.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela adelantada por el señor NARCILO MARCELINO RUA CUERO por lo anterior expuesto.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

TERCERO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, ENVIAR a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

CUARTO: ARCHIVARSE el expediente en su oportunidad

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad 2023-264-00