



## REPUBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS **SENTENCIA No. 269**

Cali, siete (07) de Noviembre de Dos Mil Veintitrés (2023).

#### **I.- ASUNTO**

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por TOMAS PORTOCARRERO MONDRAGÓN como agente oficioso de su hermano WILSON MONDRAGÓN, en contra de COMFENALCO EPS, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

#### **II.- ANTECEDENTES**

##### **A.- HECHOS**

**1.-**Manifiesta el agente oficio que el señor Wilson Mondragón, tiene 57 años de edad y se encuentra afiliado a Comfenalco EPS, presentando como diagnostico "*Enfermedad Neoplásica Avanzada*".

**2.-**Que requiere de consulta de control o de seguimiento por especialista en oncología, así como suplementos nutricionales de carácter parenteral o sonda para que se pueda nutrir lo más pronto posible.

**3.-**Indica que "*el día sábado 21 de octubre recae de nuevo volvemos a el servicio de urgencias de Comfenalco Eps, teniendo en cuenta, que es un paciente con intolerancia vía oral sin poder nutrirse por más de 16 días. Es cruel que no lo hospitalizaron para brindarle la hospitalización pertinente de dieta líquida y electrolitos de control para mantenerlo estable*".

##### **B.- PRETENSIONES DEL ACCIONANTE.**

Solicita como medida provisional el accionante, que se ordene a la EPS COMFENALCO brindar atención integral en salud de acuerdo al diagnóstico, que incluye atención en cuidado paliativos, cita con especialista en oncología y todo lo demás relacionado al manejo y recuperación.

##### **C.- ACTUACIÓN PROCESAL.**

Mediante auto No. 3745 del 25 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 días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación de CLINICA



NUEVA DE CALI S.A.S, IDIME S.A., el ADRES, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD, En la misma providencia, se concedió la medida provisional solicitada por el accionante, ordenando, *"CONCEDER la medida provisional solicitada y por tanto se ordena a CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EN SU PROGRAMA DE EPS, que de manera INMEDIATA autorice y realice a través de alguna institución de su red prestadora el servicio denominado "valoración por oncología prioritarita".*

#### **D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS**

**CLÍNICA NUEVA DE CALI**, indica que no oferta el servicio de consulta en especialidad de Oncología Clínica, por lo tanto, está a disposición del asegurador asignar una IPS que cuente con el servicio requerido por el señor Wilson Mondragón, e indica que al usuario le han brindado todas las atenciones necesarias para salvaguardar su vida ante el diagnóstico establecido, pero la competencia para resolver lo querido por el accionante no reside en esa institución.

**COMFENALCO EPS**, allega respuesta el día 30 de octubre de 2023, manifestando que autorizaron y realizaron la solicitud de agendamiento de cita para consulta por primera vez en oncología para el paciente, y se encuentran a la espera de la respuesta, por ende, el paciente debe estar pendiente del llamado para el agendamiento pertinente.

Posteriormente, el día 1 de noviembre de 2023, aporta ampliación de la respuesta, indicando que no fue posible agendar la cita de consulta con oncología, toda vez que, el paciente fue hospitalizado en la clínica Nueva de Cali, desde el día 26 de octubre del presente año, donde actualmente sigue en hospitalización, y aporta la historia clínica.

**ADRES** sostiene *"De acuerdo con la normativa, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS. "*

**SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL,** Siendo

Calle 8 # 1-16 Edificio Entreceibas Piso 3

Tel:888-10-51

Correo Electrónico: [j03ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co)



concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando la accionante ACTIVA en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) COMFENALCO VALLE DE LA GENTE esta entidad como administradora de servicios en salud, deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo.

ADICIONAL A LO ANTERIOR TENIENDO EN CUENTA QUE EL DOMICILIO DE LA ACCIONANTE, ES LA CIUDAD DE CALI, ES IMPORTANTE INDICAR AL DESPACHO QUE EXISTE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, DEBIENDOSE TENERSE EN CUENTA QUE LA COMPETENCIA FRENTE A LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD A LA POBLACION DOMICILIADA BAJO LA JURISDICCION ESTA A CARGO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, toda vez que mediante la LEY 1933 DE 2018, se categorizó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS, lo cual le permite a la capital vallecaucana tener facultades, instrumentos y recursos para efecto de ser autónomos y de esta manera poder potencializar el desarrollo integral del territorio

**SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA MUNICIPAL,** *“Da respuesta indicando que, verificado el estado de afiliación del señor Wilson Mondragón en la base de datos del Adres, se encuentra activo afiliado al régimen contributivo, por ello, se hace necesario que la EPS Comfenalco le suministre la atención requerida al accionante de manera completa para prevenir un daño irremediable.*

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL,** indica que *“Pese a que el Ministerio de Salud y Protección Social NO es el responsable de la prestación de servicios de salud, vale la pena realizar las siguientes precisiones frente al acceso a las tecnologías y servicios en salud disponibles en el país y los servicios de salud solicitados por la parte accionante: Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, existía un único paquete de servicios ofertados y garantizados a los usuarios que era conocido como el Plan Obligatorio de Salud que a su vez contemplaban unos servicios excluidos de este, a pesar de la existencia de tecnologías y servicios en salud aprobados para su uso en el territorio nacional.”*

### **III. PROBLEMA JURIDICO**

Corresponde al Despacho determinar, si COMFENALCO EPS ha vulnerado los derechos invocados por el señor Wilson Mondragón, a través de si agente oficioso, al no autorizar y agendar cita con la



especialidad de oncología, alimentación especial de acuerdo con el diagnóstico, cuidados paliativos, enfermería en casa y todo lo requerido para el manejo integral de la patología que presenta.

#### **IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.-**

**A.-** 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 para 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*

Calle 8 # 1-16 Edificio Entreceibas Piso 3

Tel: 888-10-51

Correo Electrónico: [j03ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co)



"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 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

### **"PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MÉDICO TRATANTE PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD"**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios medicocientíficos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

También ha considerado, que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como "médico tratante" y quien provee las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la



*controvirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”.*

*Sobre este punto, es importante anotar que de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, la Corte Constitucional expresó en la sentencia T-344 de 2002, indicando que: "... mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.”*

*Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la EPS que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones médico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel.” 2*

### **C.- CASO CONCRETO**

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que 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.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que conforme lo manifiesta el agente oficioso, el señor Wilson Mondragón, presenta diagnóstico de cáncer de páncreas, y la EPS Comfenalco no accede a hospitalizarlo en las clínica con las cuales tiene convenio, donde puedan brindar una atención integral a de acuerdo a su patología, que incluya tratamiento de quimioterapias y suministro de alimentación especial, o bien sea enfermería en casa para la atención domiciliaria y ayuda del cuidado del paciente, pues lo remitieron a casa a espera de autorización de cita con oncología para que establezcan el proceso a seguir, violando así sus derechos fundamentales.

Por su parte la EPS Comfenalco, en aras de dar cumplimiento a la medida provisional decretada por el Despacho, solicita a Imbanaco que agende la cita con especialidad de oncología, pero una vez se comunican con los familiares del accionante, estos manifiestan que el señor Mondragón, se encuentra hospitalizado en la clínica nueva de Cali.



Procede la EPS a solicitar la historia clínica del paciente, la cual adjunta a la ampliación de la respuesta allegada al Despacho, donde se observa que el señor Wilson ingresó por servicio de urgencias desde el 26 de octubre de 2023 y a folio 5 se observa anotación médica que indica "Fue valorado por medicina interna, quien ordena hospitalizar al paciente para estudios, seguimiento y vigilancia de evolución, donde se indica que paciente bajo el contexto de un ACV (accidente cerebro vascular) Vs Lesión metastásico, por lo que se ordena manejo de base y solicitud de estudios complementarios.", y proceden los médicos especialistas de la Clínica con la atención que consideran necesarios para el paciente, donde se visualiza en el último folio de la historia clínica aportada, la nota médica de fecha 01-11-2023,

#### CONTINUACION NOTA MEDICA

EN EL MOMENTO PACIENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, ALERTABLE, RESPONDE AL LLAMADO, ESTABLECE POCA COMUNICACION VERBAL, SE CONSIDERA QUE DEBE SER VALORADO POR PSICOLOGIA EN VISTA DE POCA COMUNICACION VERBAL CONSIDERANDO QUE POR PATOLOGIA ONCOLOGICA PODRIA CURSAR CON DEPRESION YA VALORADO QUIEN INDICA PACIENTE CON POBRE INTERACCION CON SU ENTORNO QUE PODRIA CORRESPONDER PROCESO ORGANICO Y/O PSICOLOGICO DE ADAPTACION Y BRINDA TERAPIA DE APOYO, YA VALORADO POR GERIATRIA QUIEN CONSIDERA MANEJO PALIATIVO ESPERAR DISMINUYA DRENAJE POR SNG E INICIAR VIA ORAL Y SI NO TOLERA CONSIDERAR POSIBLE OBSTRUCCION INTESTINAL MALIGNA, VALORADO POR HEMATO -ONCOLOGIA QUIEN CONSERVA VALORACION POR BIOETICA PARA MANEJO PALIATIVO ONCOLOGICO LA CUAL ESTA PENDIENTE, POR EL MOMENTO DEBE CONTINUAR IGUAL MANEJO MEDICO, PACIENTE CON INDICACION DE NO REANIMACION, NO IOT, CON ALTO RIESGO DE COMPLICACIONES A CORTO Y MEDIANO PLAZO INCLUIDO DESCENLASE FATAL, SE EXPLICA A FAMILIAR ENTIENDE Y ACEPTA.

Conforme a lo anterior es claro que al paciente se le está brindando la atención en salud que requiere, toda vez que se encuentra hospitalizado y por lo tanto bajo supervisión médica, siendo a los médicos tratantes a quienes les compete única y exclusivamente tomar la decisión del tratamiento a seguir, pues son las personas que cuentan con los conocimientos y experticia para el caso en particular, sin que pueda el juez de tutela controvertirlas o modificarlas.

Emerge entonces con meridiana claridad, que la EPS COMFENALCO VALLE DE LA GENTE le está prestando la atención médica que requiere el paciente y por lo tanto, no puede invocarse una conculcación de su derecho a la salud que deba ser protegido por este mecanismo constitucional, lo que lleva inexorablemente, a negar la tutela.

Por último y en cuanto a la pretendida integralidad, entendida esta como la garantía continua de los servicios médicos, hay que decir, que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración, razón por la cual se considera que atendiendo a las especificidades del presente asunto, esta no resulta procedente, además, hacerlo implicaría adentrarse en un terreno ajeno y desconocido, como lo son las condiciones medico clínicas que varían constantemente en el paciente, lo cual conlleva naturalmente que los galenos varíen los tratamientos, procedimientos y medicamentos a suministrar, escenario sobre el cual el alto tribunal constitucional ha manifestado que, al juez, "...no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e

*inciertas*".<sup>1</sup> (Énfasis del Juzgado)

A la luz de dicho pronunciamiento, podemos resaltar que no le es dable al juez de tutela fallar en abstracto, respecto de los posibles servicios y/o necesidades médicas que pudiese requerir el accionante, además, tal planteamiento acarrearía una imposibilidad jurídica, dado que no resultaría posible determinar sobre qué aspectos estaría dada la integralidad.

## **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: NEGAR** la protección tutelar invocada por Tomás Portocarrero Mondragón como agente oficioso de su hermano WILSON MONDRAGÓN.

**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**

**LA JUEZ,**



**CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ**  
**Rad 2023-00272-00**

<sup>1</sup> sentencia T-196 de 21 de Mayo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



Juzgados Civiles de Ejecución  
de Sentencias  
Cali – Valle del Cauca

**SIGCMA**