

**JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE
CALI**

Santiago de Cali, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA No.192/2023
ACCIONANTE Daniel Romero
ACCIONADA Comfenalco EPS *delagente* y otras
RADICACIÓN 76001-43-03-006-2023-00223-00

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela que ante esta jurisdicción Constitucional impulsó la accionante de la referencia en nombre propio contra la entidad COMFENALCO VALLE EPS, por la presunta violación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en condiciones dignas.

HECHOS

Las circunstancias que conciernen al caso, deben resumirse de la siguiente manera:

- 1.- Manifiesta el accionante que es paciente de 71 años de edad, y que se encuentra diagnosticado con Gonartrosis no especificada en rodilla izquierda, con dolor permanente de dos años de evolución.
- 2.- Que, en julio de 2021, su médico tratante ortopedista y traumatólogo adscrito a Comfenalco EPS, determinó como tratamiento el procedimiento denominado: *Reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla izquierda*, para lo que ordenó exámenes quirúrgicos y consulta de valoración con pre anestesiología.
- 3.- Indica que, se realizó los exámenes ordenados para que el especialista en anestesiología quien lo determinó apto para el procedimiento, por lo que, según lo informado en programación de cirugía debía esperar la llamada telefónica para que le informaran sobre la fecha de la realización del procedimiento, sin embargo, nunca recibió dicha llamada, informa haber repetido el proceso, pero, nunca fue comunicado para la programación de su procedimiento.
- 4.- Por lo anterior, el en dos oportunidades radicó derecho de petición, de lo cual no dieron ninguna respuesta oportuna, luego citan para la programación de consulta con especialista en ortopedia con el doctor: Hugo Darío Jiménez Rendón, quien le envió a reiniciar el proceso de terapias, consulta con especialista en dolor y cuidados paliativos, medicina física y rehabilitación, consultas que ya tuvieron lugar en el año 2021.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos acabados de extractar, solicita el amparo de los derechos invocados, tales como la salud y vida en condiciones dignas, para que se ordene a *COMFENALCO EPS*, una atención integral de su padecimiento en salud, entendiendo dentro de estos criterios la prestación de la totalidad de los servicios médicos, procedimientos quirúrgicos y demás, hospitalizaciones, suministro de medicamentos, práctica de exámenes, controles posteriores, insumos y traslados, adicionalmente, solicita se ordene a *COMFENALCO EPS*, la programación del procedimiento quirúrgico: “*Reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla izquierda*”

IDENTIDAD DE LA ACCIONANTE

En el caso sometido a conocimiento, se trata del ciudadano *DANIEL ROMERO*, identificado con c. de c. No 14.985.355, quién interviene directamente para la defensa de sus derechos fundamentales. Para efectos de notificación indicó la Carrera 50 #_16_21 de Cali (V.), teléfono 314 8777230, y el correo electrónico shabetvys@gmail.com

IDENTIDAD DE LA ACCIONADA

En este asunto la destinataria de la acción es la entidad particular encargada de garantizar la prestación del servicio público, como lo es el de salud y seguridad social, cuyas actuaciones u omisiones afectan a los afiliados y usuarios, en este evento y en principio la entidad *COMFENALCO EPS DELAGENTE*, domiciliada en Cali, entidad que comparece a través de su representante legal o apoderado.

LEGALIDAD DE LA ACCIÓN

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, y sus Decretos reglamentarios 2591/91, 306/92, 1382 de 2000 y 1983/17, y acorde con las reglas de reparto, el actor ha promovido la presente acción, en procura del amparo de sus derechos fundamentales de la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social.

ACTUACIÓN PROCESAL

Correspondió por reparto a este Juzgado la presente acción y al constatar el cumplimiento en su totalidad de los requisitos mínimos de formalidad exigidos por el art.14 del Decreto 2591 de 1991, se avocó su trámite por auto *003895 del 04 de septiembre de 2023*, disponiéndose la notificación de la accionada, para que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la notificación, ejerciera el derecho de defensa y se pronunciara sobre los hechos materia de la acción.

En este acápite es preciso recordar que el Despacho no encontró necesario la integración a la presente acción, de la Secretaría de Salud Distrital de Santiago de Cali, ni Departamental del Valle del Cauca, como tampoco al Ministerio de Salud - ADRES -, toda vez que en caso de la generación de atenciones, procedimientos o suministros no contenidos en el PBS, todo derecho o posibilidad de recobro por costos, deberá hacerse directamente por la entidad interesada, bajo las normas y procedimientos que regulan la materia, toda vez que decantado está por la jurisprudencia, que no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre si procede o no el recobro en caso de accederse a la protección constitucional, pues dicha prerrogativa procede de derecho para las garantes de los servicios de salud.

En cuanto a la medida provisional solicitada, se consideró inviable, toda vez que el procedimiento requerido requería del direccionamiento de la EPS y agendamiento por parte del prestador adscrito, tampoco se advirtió sobre inminente perjuicio irremediable. Art. 7º Decto. 2591/91

Finalmente, se informó al accionante sobre el avocamiento e impulso del proceso, instándosele para que reportara al Despacho cualquier solución anticipada o extra proceso.

INTERVENCIONES

El 06 de septiembre de 2023, por conducto de apoderado judicial se pronunció la accionada *EPS Comfenalco Valle* señalando que, en el año 2022, se realizó junta médica 2022 donde se ordenó realizar procedimiento médico denominado *Reemplazo Protésico Total Primario Tricompartimental Simple de Rodilla*, sin embargo, en la última valoración por la especialidad de reemplazos la cual fue realizada el pasado *17 de agosto de 2023*, mencionan que si bien, el paciente tiene indicación o criterio para realizar reemplazo de rodilla, debe realizarse primero unas modificaciones de estilo de vida del valorado para mejorar las condiciones físicas y fisiológicas para el éxito del procedimiento, lograr una recuperación pronta y disminuir el riesgo de complicaciones, toda vez que, el paciente presenta obesidad grado I, por lo que ordenan como intervención inicial manejo integral en conjunto con fisioterapia, clínica del dolor, terapia alternativa. Además, se remite a clínica de obesidad e indica control en 6 meses.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos constitucionales de las personas, cuando con la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previamente establecidos en la ley, resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio defensa judicial, o aun

existiendo, si la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

Previamente es necesario aludir al cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, los cuales ha establecido la Corte Constitucional, entre ellos el de la inmediatez, subsidiariedad, protección de derecho constitucional, legitimación por pasiva y por activa. En esta ocasión, encuentra la instancia que la presente acción cumple con todos los referidos presupuestos.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha establecido que esta acción 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. También fue abundante la jurisprudencia, referida a que el derecho a la salud debía considerarse como fundamental por conexidad¹, cuando en determinados casos, su protección recae directamente en otro derecho fundamental como la vida digna, procediendo a ordenar la práctica de tratamientos, en virtud de la primacía de la Constitución al amparar el citado derecho fundamental.

Sin embargo, posteriormente la misma Corte moduló sobre la salud como derecho fundamental de aplicación directa, manifestando:

“En reiteradas ocasiones, durante los últimos años esta Corporación enfatizó la garantía por parte del Estado del derecho a la salud, en vista de las constantes situaciones y reclamos presentados respecto a su efectivo cumplimiento, puesto que en la gran mayoría de los casos los accionantes se vieron afectados a causa de la inobservancia por parte de las entidades prestadoras del servicio, en temas recurrentes como la negación de un medicamento o la realización de tratamientos. Recientemente, ésta Corte en la Sentencia T- 760-08² se refirió, en forma general, a la necesidad de dar a los ciudadanos acceso preferente al servicio de salud, teniéndose éste como un derecho fundamental de aplicación directa, cuya protección no sólo se logra invocándolo como derecho conexo con el derecho fundamental a la vida digna (como se venía estableciendo anteriormente), sino estatuyendo que en ciertas circunstancias goza de un carácter “autónomo”. De dicha Sentencia, se destaca lo siguiente:

*“Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el **derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’**, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las*

¹ Ver entre otras las sentencias la SU-180 de 1997 y T-1255 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-488 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarías.

² T-760-08 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. **En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.**⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵

En la misma Sentencia, se hace aclaración expresa de las vías por las cuales la Corte estableció que se protege el derecho a la salud, haciendo énfasis en su carácter de fundamental. Respecto de lo cual señala lo siguiente:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el

³ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “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. || 13. 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.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró 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. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)*”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”

Así pues, la jurisprudencia constitucional superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud solo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otros derechos fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho fundamental ‘autónomo’.⁶ La Corte también consideró explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional.”⁷

De igual forma, el artículo 13 superior en su inciso final, establece la obligación del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

También es ampliamente, sabido que la efectividad de la acción reside en la posibilidad de que, si el juez observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho invocado.

Así entonces, agotado el recuento de la situación que motivó la acción y atendiendo el material probatorio acopiado, las manifestaciones del accionante como los argumentos de la accionada, corresponde al Despacho resolver lo concerniente a los derechos fundamentales invocados, pudiéndose establecer que los aludidos entre otros son los descritos en los artículos 11 y 48 de la Constitución Política, es decir, la salud y vida en condiciones dignas como la seguridad social, lo cual se infiere de la narración que sirve de sustento a la solicitud.

CASO CONCRETO

Acudió el ciudadano *DANIEL ROMERO* al mecanismo constitucional de la acción de tutela en procura de que se ordene a *COMFENALCO VALLE EPS*, autorizar y materializar la programación del procedimiento quirúrgico: *“Reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla izquierdo.”*

⁶ Así, por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

⁷ Sentencia T-540 de 2009.

En su defensa, la entidad accionada manifestó que, en la más reciente valoración médica, realizada el *17 de agosto de 2023*, el especialista en ortopedia manifestó que si bien, el paciente tiene criterio para la realización del procedimiento de reemplazo de rodilla, debe primero modificar su estilo de vida para mejorar sus condiciones físicas y fisiológicas, ya que presenta obesidad grado I, razón por la cual, se ordena como intervención inicial, manejo integral en conjunto con fisioterapia, clínica del dolor, terapia alternativa, además remite a clínica de obesidad e indica control en 6 meses.

En este orden de ideas y de acuerdo con lo expresado por el usuario, no hay duda que sus derechos fundamentales como la salud y vida digna se han visto afectados por la falta de prontitud en la garantía de los servicios por la accionada COMFENALCO EPS, dado que, como obra en el plenario, en su momento fueron ignoradas o dilatadas las autorizaciones, causando afectación a sus derechos fundamentales. Luego, si bien resulta, que, bajo la más reciente valoración y criterio médico, el paciente no cumple con los requisitos físicos y fisiológicos para realizar el procedimiento quirúrgico, no podría esta autoridad judicial, acceder a la pretensión esencial del usuario, pues no puede el juez constitucional desconocer el criterio médico y menos acceder a la ordenación de la práctica de una intervención quirúrgica que no cuenta con prescripción vigente.

Luego, si bien, no existe una orden médica actualizada para la realización del procedimiento requerido, si existen elementos suficientes que permiten inferir sobre la necesidad de atención a la patología del usuario, más aún, teniendo en cuenta que ha transcurrido un tiempo laxo desde su diagnóstico inicial, sin que se le haya brindado y concluido el tratamiento requerido, pese de haberse sometido y adelantado los exámenes y trámites administrativos necesarios ante la accionada.

No obstante de lo anterior, el Despacho encuentra razonado que, el actor acate las recomendaciones médicas actuales, definidas en el control de consulta externa más reciente (17/8/2023) a fin de que cumpla con el criterio que su médico tratante establezca para determinar, *una vez más*, la idoneidad de su procedimiento, y en efecto, se conminará a la accionada **COMFENALCO VALLE EPS**, ser más diligente con el cumplimiento de lo ordenado por sus médicos adscritos, a fin de evitar la prolongación de la vulneración de los derechos fundamentales del señor *ROMERO*, lo cual repercute negativamente en su calidad de vida.

Concluye el Despacho que, si bien no es el momento propicio para la práctica de la intervención quirúrgica, es dable afirmar que efectivamente se están vulnerando los derechos fundamentales del señor *DANIEL ROMERO*, persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, puesto que pertenece a la tercera edad, circunstancia que lo

hace más sensible, por lo que su atención debe ser oportuna y efectiva, por tanto, la demora en la autorización y práctica de los servicios, sin duda pone en riesgo inminente su salud y calidad de vida.

De ahí la necesidad de brindar la protección de los derechos fundamentales, bajo los principios de continuidad y oportunidad en la prestación de los servicios en pro de la dignidad y calidad de vida del agraviado, por lo que se ampararán los derechos vulnerados y se ordenará a COMFENALCO EPS, como aseguradora y obligada a brindar la atención en salud, que sea diligente con el cumplimiento de las actuales ordenes médicas, **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR TERAPIAS ALTERNATIVAS, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN, CONSULTA 1ERA VEZ M.I PROGRAMA OBESIDAD, EN 4 MESES CONSULTA CONTROL POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA REEMPLAZOS ARTICULARES**, que le fueron prescritas el 17 de agosto de 2023, así como los demás servicios prescritos vigentes que a la fecha se encuentren pendientes de autorización por la garante, los cuales deberán direccionarse a los prestadores adscritos y dotados de la tecnología idónea para su prestación.

Ante las circunstancias particulares, el **Juzgado Sexto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de la salud y vida digna, del señor **DANIEL ROMERO**, derechos que están siendo violados por la entidad **COMFENALCO EPS DELAGENTE**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal Judicial o quien tenga el deber de cumplir fallos e incidentes de tutela sobre el tema de salud, al interior de **COMFENALCO VALLE EPS DELAGENTE** que, en el término de 5 días contados desde la notificación de esta sentencia, se concrete o dirija con los prestadores respectivos, el cumplimiento de las actuales órdenes médicas, “**CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR TERAPIAS ALTERNATIVAS, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN, CONSULTA 1ERA VEZ M.I PROGRAMA OBESIDAD, EN 4 MESES CONSULTA CONTROL POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA REEMPLAZOS ARTICULARES**” las que aparecen prescritas el 17 de agosto de 2023. Así como los demás servicios vigentes.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a todos los interesados, en la forma que lo dispone el artículo 30 del decreto 2591/91.

CUARTO: En el evento de no impugnarse este fallo, y conforme a las nuevas disposiciones, remítanse las diligencias dentro del término legal, a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Artículo 31 Decreto 2591/91.

QUINTO: Al regresar de la Corte Constitucional, excluida de revisión la actuación, se procederá por el Área pertinente de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Cali, con su archivo definitivo dejando los registros de rigor en el Sistema de Justicia XXI.

Notifíquese,



(firma escaneada y/o electrónica)
JOSÉ RICARDO TORRES CALDERÓN
JUEZ

**SENTENCIA
ACCIONANTE
ACCIONADA
RADICACIÓN**

**No.192/2023
Daniel Romero
Comfenalco EPS
76001-43-03-006-2023-00223-00**

j. r./dmm