



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE
VALLEDUPAR-CESAR

Valledupar, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: INCIDENTE DE DESACATO

Radicación No. 20 001 31 10 001 **2018 00178 00**

Incidentante: OMAIRA VILLERO OROZCO quien actúa en calidad de agente oficioso de su padre FELIX VILLERO MORALES

Incidentado: NUEVA EPS

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el incidente de desacato de la referencia luego de haber agotado la etapa probatoria.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito recibido en este despacho el 21 de noviembre de 2018 la accionante solicita que se inicie el trámite del incidente de desacato al fallo de tutela proferido por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad de 18 de julio de 2018 a través del cual se revocó el de primera instancia y en consecuencia se concedió la protección constitucional deprecada.

Previo a proceder con la admisión del incidente y en obediencia a lo establecido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, se requirió a entidad accionada a través de auto de 29 de noviembre de 2018¹ con el propósito de que informara el nombre y cargo del funcionario obligado al cumplimiento de la orden constitucional.

Debido a que la entidad accionada suministró la información requerida y teniendo conocimiento de que la persona responsable de atender la orden proferida por esta judicatura, es la doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES en calidad de Gerente Zonal Valledupar, estando identificada plenamente la persona legitimada para resistir las pretensiones incidental, con auto de 14 de diciembre de 2018 el incidente fue admitido, ordenándose la notificación y, a quien se le otorgó un término de tres (03) días para que rindieran informe respecto de las actuaciones adelantadas a fin de dar cumplimiento a la sentencia de tutela en cuestión e igualmente se le previno que aportara las pruebas que pretendía hacer valer dentro del mismo.

En la oportunidad conferida la incidentada por intermedio de su apoderada judicial presentó el informe requerido y solicitó que fuesen practicada (fol. 17 a 22)

Con auto de 22 de enero de 2019 se abrió a prueba el incidente decretando la práctica de un interrogatorio a la parte incidentalista y a la entidad incidentada.

Escuchada la versión bajo juramento de la parte accionada, por la inasistencia de la accionante y la necesidad de que sea escuchada se fijó nueva fecha para su declaración, con proveído de 11 de febrero del corriente.

Evacuada las pruebas ordenadas se procede a resolver lo pertinente, previas las

¹ Ver folio 10 del expediente

siguientes:

CONSIDERACIONES

En lo atinente a la figura del incidente de desacato, ha señalado la Corte Constitucional que:

“El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público², el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. (...)”³

Desde la anterior perspectiva, se entiende entonces que el incidente de desacato está consagrado por la legislación como un instrumento para garantizar plenamente el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, toda vez que permite la materialización efectiva de la decisión emitida por el Juez constitucional en sede de tutela.

La solicitud de sanción por desacato al fallo de tutela elevado por la señora OMAIRA VILLERO OROZCO quien actúa en calidad de agente oficioso de su padre FELIX VILLERO MORALES se fundamentada en el presunto incumplimiento por parte de la doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES en calidad de Gerente Zonal Valledupar de la sentencia de tutela proferida el 18 de julio de 2018 por el Tribunal Superior de esta Distrito Judicial en la que se ordenó como consecuencia del amparo constitucional concedido a la salud, que:

“Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar – Cesar, el primero (1) de junio de dos mil dieciocho (2018), para en su lugar TUTELAR el derecho fundamental a la salud de Felix Villero Morales, y en consecuencia ordenar a la nueva EPS proceda dentro de las 48 horas siguientes a este proveído, a autorizar al agenciado la valoración por parte de un equipo de atención domiciliaria y un cuidador primario de 12 horas diurnas por 3 meses tal y como fue prescrito por la médico especialista doctora Cecilia Moreno De la Ossa” (fol. 6 a 9).

A fin de dilucidar el tema en cuestión, resulta imperativo traer a colación apartes de alguno de los múltiples pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional sobre el tema de la sanción que se debe imponer en el trámite incidental de desacato, es así como en este sentido ha dicho:

“Ahora bien, siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Sobre el particular esta Corporación ha señalado:

“30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos⁴.”

31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de

² Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 1998.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-512 de 2011.

⁴ Cfr. T-1113 de 2005.

coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo.⁵ (Cursiva y subraya fuera de texto original).

A la luz de la jurisprudencia transcrita se tiene dentro del trámite incidental se debe demostrar además de que fue incumplida en todo o en parte la orden impartida por el juez de instancia, la negligencia o desidia del accionado al desatender dicha carga; debiendo enrostrarse así, que la actuación de quien está en la obligación de cumplir con la sentencia de tutela es negligente, pues no le resulta al sujeto pasivo ni imposible ni inviable acatar una orden emitida por el Juez Constitucional.

Descendiendo en el caso objeto estudio se tiene con precisión que se impartieron dos (2) órdenes:

1. La autorización de valoración por parte de un equipo de atención domiciliaria
2. Un cuidador primario de 12 horas diurnas por 3 meses

En la oportunidad conferida la entidad accionada presentó los informes solicitados con la siguiente información, respecto de los servicios ordenados:

Autorización de valoración por parte de un equipo de atención domiciliaria

Respecto de esta orden dijo que la IPS AMEDI, quien es la encargada de la atención asistencial, certificó que el señor FELIX VILLERO MORALES se encuentra recibiendo de forma constante e ininterrumpida los siguientes servicios:

1. Terapia física domiciliaria
2. Terapia respiratoria domiciliaria
3. Consulta domiciliaria por medicina general
4. Consulta domiciliaria por medicina interna (fol. 17)

Cuidador primario de 12 horas diurnas por 3 meses

En cuanto al servicio de cuidador domiciliario dijo que en la valoración realizada a la accionante el médico tratante conceptuó:

“La usuaria en la actualidad no cuenta con servicio de enfermería dado que nuestros médicos no encuentran pertinente el ordenamiento de este servicio debido a que no requiere intervención en salud de forma continua y permanente que conlleve a la internación de un profesional o técnico en salud (Auxiliar de enfermería) en el domicilio del usuario, toda vez que las actividades que requiere el paciente diariamente son de carácter social y corresponde al entorno familiar proporcionar dichos cuidados básicos cotidianos”

A renglón seguido concluye diciendo que:

“Actualmente se evidencia y de acuerdo a la prescripción del médico tratante, el accionante requiere el servicio de cuidador domiciliario, el cual debe ser proporcionado por el entorno familiar del accionante”.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.

Como fue decretado en el auto de prueba se escuchó el interrogatorio del Director Médico Zonal de Nueva EPS, doctor José Luis Acuña Henríquez, quien sobre la situación particular del señor Félix Villero hizo las siguientes acotaciones:

Sobre el estado de la atención prestada al usuario dijo que es conocedor que el usuario es una persona de 87 años de edad con diagnóstico base de una enfermedad pulmonar obstructiva EPOC por la cual recibe atención domiciliaria acorde con los criterios y orden médica, como son terapias físicas, respiratorias, medicina general e interna domiciliaria, las que son ejecutadas de manera continua y acorde a la evolución clínica del usuario.

Debido a que también presenta la enfermedad de Alzheimer, es cierto que no puede tener un auto cuidado, sin embargo el requerimiento de las atenciones enfocadas en sus actividades básicas diarias que debe proporcionar un cuidador son de carácter social.

Puntualmente a la pregunta de que “si tiene pleno conocimiento de la protección constitucional impartida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 18 de julio de 2018 consistente en “valoración por parte de un equipo de atención disciplinaria y un cuidador primario por 12 horas diurnas por 3 meses” respondió “si tengo conocimiento de que se determinó prestar la atención de enfermería durante 12 horas diurnas durante 3 meses por recomendación de la doctora Cecilia Moreno Neuróloga. No obstante su enfoque se hizo desde el ámbito ambulatorio y no domiciliario tal y como lo evalúa el equipo interdisciplinario del prestador AMEDI quienes hasta el momento no consideran pertinente actividades de intervención en salud que requieran la presencia constate y/o permanente de una enfermera o auxiliar de enfermería. Cabe notar que durante la evolución clínica llegase a necesitar un requerimiento en salud, el médico especialista tratante del equipo domiciliario hará el ordenamiento del mismo y la Nueva EPS realizara las autorizaciones respectivas.”

Luego se inquirió sobre “qué gestiones ha realizado para el cumplimiento del servicio de cuidador primario por 12 horas diurnas” a lo que dijo:

“La consideración del especialista en atención médica domiciliaria es de que el señor usuario no requiere intervenciones en salud que ameriten la presencia permanente de una profesional como auxiliar de enfermería o enfermería, sino de un cuidador primario cuyas actividades están direccionadas al cuidado diario de las necesidades básicas de una persona, tales como: baño e higiene, alimentación, movilización. Por tanto Nueva EPS no ha dado autorización de la presencia de una enfermera por no tener ordenamiento de su equipo de atención domiciliaria. normatividad vigente permite la autorización de un cuidado (sic) primario por parte de una EPS siempre y cuando se reúnan unos requisitos de aspecto socio económico, que son visita de un trabajador social, con reporte de familograma, determinación del ingreso familiar mensual y reporte de la dependencia parcial o total del usuario. Los requisitos determina si la familia puede asumir el costo de un cuidador o es la EPS quien debe asumirlo y recobrarlo al ADRES” De acuerdo con esta respuesta se le preguntó “si la Nueva EPS ha investigado sobre el cumplimiento de estos requisitos” a lo que dijo “[t]enemos conocimiento de la dependencia total del usuario, acorde a la escala de Karnosky y Barthel y, del familograma. El reporte de ingresos familiares no lo establece NUEVA EPS sino, quien lo determina es un ente del Estado quien lo establece haciendo una investigación sobre los ingresos per cápita del grupo familiar.” (fol. 29).

Puntualizó que estos dos estudios son indispensables para poder emitir la autorización, dado que son requisitos exigidos por el Ministerio para poder hacer uso de los recursos con cargo a la UPC, por lo que es necesario que la usuaria complete la documentación que le hace falta para poder acceder a la autorización del servicio, es decir, que sea realizado el estudio de familograma a través de la trabajadora social de la IPS y gestione el reporte de ingresos familiares

Luego, en la declaración rendida por la accionante puntualizó que está recibiendo los

servicios de atención domiciliaria en su residencia ubicada en el municipio de San Diego, Cesar, donde va el personal encargado a hacerle terapias físicas, respiratorias, aspiración de flemas a su padre, así como también han cumplido con la entrega de pañales y alimentos.

Sobre, los servicios que aún no había recibido dijo que era el del home care el que en su conocimiento es lo mismo que el cuidador primario a que se hace referencia en la sentencia y, por el cual presenta el incidente.

Cuestionada sobre qué actividades son las que necesita que sean cubiertas por la enfermera contesto que "todas las que las enfermeras hacen, cuidarlo, bañarlo, darle la comida y los medicamentos" porque su padre vive "con mi mamá una señora de 82 años y conmigo que estoy en estado de embarazo de 8 meses". A la pregunta de que si el señor Félix tiene más hijos dijo que "tiene 6 hijos, que viven en Cartagena, Valledupar y dos en San Diego, Cesar" y cuestionada sobre sus actividades laborales, dijo que "todos trabajan independientemente" (fol. 33).

Bajo este panorama con el material probatorio recopilado se logra extraer con total grado de certeza que la NUEVA EPS ha sido diligente y no ha actuado con dolo o negligencia en el cumplimiento de la orden constitucional impartida en este caso.

Es así que se constata que para la materialización del servicio de cuidador primario, resulta indispensable que la agente oficioso como garante médico del señor Félix Villero Morales realice ciertas gestiones previas para poder lograr tal servicio, como son un estudio del grupo familiar (familiograma) efectuado por la trabajadora social de la IPS AMEDI y el reporte de ingresos familiares, que otorga la EPS, documentos sin los cuales no es posible que se obtenga el servicio, por lo que no se puede predicar de la entidad accionada negligencia, dolo o desidia en la satisfacción de la orden, pues por el contrario con las pruebas recaudadas no se logró demostrar que el incumplimiento a la orden obedezca a negligencia que permita atribuirle responsabilidad subjetiva en el accionado.

Aquí es preciso aclarar que los servicios Home Care, enferma o auxiliar de enfermería interna en el domicilio y el cuidador primario son totalmente diferente, siendo solamente el último el ordenado en la sentencia y para el cual se necesita la participación activa de la petente cumpliendo con los requisitos faltantes.

Ante la situación fáctica antes descrita, el despacho no encuentra que el funcionario obligado al cumplimiento del fallo de tutela en mención actualmente en virtud de las nuevas averiguaciones adelantadas haya actuado negligente o dolosamente para incumplir dicha orden judicial por lo que en este caso en particular no ha mediado incumplimiento al mandato proferido por el juez constitucional que amerite ser sancionado, tras estar revestidos de responsabilidad subjetiva. Por tanto se conmina a la usuaria para que realice las gestiones a que se hizo referencia en esta providencia para que logre la prestación del servicio.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero de Familia de esta ciudad,

RESUELVE

PRIMERO: NO SANCIONAR a la Gerente Zonal de la NUEVA EPS doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Notificar la presente providencia a los interesados por el medio más expedito.

TERCERO: Archivar el presente incidente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁNGELA DIANA FUMINAYA DAZA
JUEZ

C.D.N.
Oficio:720-721

**JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA
DE VALLEDUPAR**

En ESTADO No _____ de fecha _____ se notifica a las partes el presente auto, conforme al Art. 295 del C.G.P.

SERGIO CAMPO RAMOS
Secretario