

ACCIÓN DE TUTELA: INCIDENTE DE DESACATO
EXPEDIENTE N° 70001-33-33-008-2020-00001-00

ACCIONANTE: LUISA FERNANDA HERAZO PEÑA

ACCIONADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG" – UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 5 Y/O
MEDICINA INTEGRAL

SECRETARÍA: Sincelejo, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020).
Señor Juez, le informo que se recibió respuesta al requerimiento efectuado a la accionada Unión Temporal del Norte y/ Medicina Integral. Lo paso a su despacho para lo que en derecho corresponda.


ALFONSO PADRÓN ARROYO
Secretario



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE TUTELA: INCIDENTE DE DESACATO
EXPEDIENTE N° 70001-33-33-008-2020-00001-00
ACCIONANTE: LUISA FERNANDA HERAZO PEÑA
ACCIONADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO "FOMAG" – UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 5 Y/O
MEDICINA INTEGRAL**

1.- ANTECEDENTES

1.1.- HECHOS

1.1.1.- Mediante sentencia de tutela de 03 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Segunda de Decisión Oral, decidió la impugnación presentada por la parte accionada Medicina Integral; amparando los derechos a la vida, salud y seguridad social de la accionante, y ordenando la realización de Comité Técnico Científico conformado por los especialistas: fisiatra, ortopeda o neurocirujano y psicólogo, con el objeto de determinar si el aumento progresivo de las mamas o hipertrofia mamaria, ha afectado la salud de la actora, tanto física como psicológicamente. Y en caso positivo, desde el punto de vista funcional, la parte accionada deberá proceder a realizar la intervención quirúrgica.

1.1.2.- La accionante alega que el día 08 de julio envió comunicado vía correo electrónico a la parte accionada, comunicando la decisión, sin que a la fecha de presentación del incidente hubiesen procedido de acuerdo a lo ordenado en el fallo de tutela.

1.2.- PRETENSIONES

1.2.1. Ordenar al FOMAG el cumplimiento del fallo de tutela del 03 de marzo de 2020.

1.2.2. Imponer al FOMAG y a su representante legal, las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991, además de remitir copia de las actuaciones a la Procuraduría y Fiscalía General de la Nación.

1.3.- CONTESTACIÓN DEL INCIDENTE

Habiéndose notificado la providencia que admite el presente trámite incidental al correo electrónico de la parte accionada, se recibió respuesta en los términos siguientes:

Mediante memorial allegado el día 18 de agosto de 2020, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del área jurídica de la Fiduprevisora S.A., manifiesta respecto al cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre el día 03 de marzo de 2020, que el funcionario encargado de verificar que las Uniones Temporales cumplan con las órdenes impartidas por su despacho, es el Doctor JOSÉ FERNANDO ARIAS, en calidad de Gerente de Salud del FOMAG, siendo su superior jerárquico el Doctor. JAIME ABRIL MORALES, en calidad de Vicepresidente del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; atendiendo a que el cumplimiento de la orden judicial está a cargo del prestador de los servicios de salud contratado, que corresponde a la Unión Temporal del Norte Región 5.

Así mismo señala que verificada la información con el área de Salud del Fondo, ésta ha requerido a la Unión Temporal del Norte Región 5, con el fin que informe qué actuaciones ha realizado para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela cuyo cumplimiento se persigue y conforme a su obligación contractual.

Por su parte, el 20 de agosto de 2020, la accionada Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral, señala haber dado cabal cumplimiento al fallo de tutela en mención, aportando como prueba de ello el acta de Junta Médica del 20 de agosto de 2020, que reunió el concepto de las especialidades de ortopedia y psicología, en la cual se determina que la joven Luisa Fernanda Herazo Peña tiene conservada su parte ósea, sin desviaciones de línea media de la columna dorso lumbar y que los dolores que refiere se deben a la parte postural por la contracción de los músculos; sin embargo solicitan nueva valoración por cirugía plástica, y en cuanto a la condición psíquica, señalan haber asignado cita presencial por

psicología, adjuntando con ello el envío del respectivo correo electrónico donde le comunican a la accionante lo concluido por la Junta Médica, encontrándose en trámite las valoraciones solicitadas por la Junta Médica.

Finalmente, en memorial de 18 de septiembre de 2020, solicitan se dé por terminado este incidente al haber dado cumplimiento total a la orden judicial en mención, allegando como prueba de ello valoración con cirugía plástica que determina no estar justificado la cirugía de reducción de mamas desde el aspecto funcional y acta de Comité Medico con fisiatría, psicología y ortopedia que concluyen que el procedimiento sería de carácter estético y no funcional.

1.4.- ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de inicio de incidente de desacato fue presentado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, quien mediante auto de ponente de 31 de julio de 2020 ordenó la remisión del asunto a este juzgado, por tener la competencia para adelantar su trámite. Por auto de 04 de agosto de 2020, este juzgado dispuso requerir a las entidades accionadas para que informaran sobre el acatamiento del fallo de tutela de 03 de marzo de 2020 y ante la falta de cumplimiento del mismo se dispuso admitir el incidente de desacato a través de proveído de 12 de agosto de 2020, ordenando notificar al presidente de Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fomag y a la representante legal de la Unión Temporal del Norte Región 5, y correr traslado por el término de cinco (05) días para dar respuesta al presente incidente. El 18 de agosto de 2020 se recibió respuesta por parte del área jurídica de FIDUPREVISORA S.A., señalando que el funcionario competente para velar por el cumplimiento del fallo era el Doctor JOSÉ FERNANDO ARIAS, en calidad de Gerente de Salud del FOMAG y encargado de verificar que las Uniones Temporales cumplan con las órdenes impartidas por este operador judicial. El 20 de agosto de 2020 se recibe respuesta al incidente por parte de la accionada Medicina Integral, quien alegó la nulidad del trámite de notificación del fallo de tutela objeto del presente incidente y además aportó acta de Junta Medica realizada el 20 de agosto de 2020. Mediante auto de 25 de agosto de 2020, se resolvió vincular al doctor JOSÉ FERNANDO ARIAS, en calidad de Gerente de Salud del FOMAG, negar la solicitud de nulidad propuesta por la accionada Medicina Integral y decretar prueba consistente en oficiar a la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral, para que informara en el término de tres (03) días, las fechas asignadas para llevar a cabo las valoraciones por cirugía plástica y psicología, a la accionante Luisa Fernanda Herazo Peña, y en caso de haberse surtido las mismas, allegara el resultado de dichas valoraciones. El 27 de agosto de 2020 se recepciona respuesta de Medicina Integral en la cual aporta la

asignación de cita con psicología y cirugía plástica, además de la valoración por esta última especialidad. El 09 de septiembre de 2020, se dispuso requerir a Medicina Integral para que informara el resultado de la valoración por psicología y si a la Junta Medica se vinculó la especialidad de Fisiatría. El 11 de septiembre, la accionada allega respuesta en la cual allega valoración por psicología, constancia de agendamiento de cita con fisiatría para el día 14 de septiembre e informa la realización de Junta Médica para el día 16 de septiembre del año en curso. Finalmente, el día 18 de septiembre se recibe memorial, en el que Medicina Integral allega resultado de la valoración de Junta Medica llevada a cabo el día 16 de septiembre del año en curso, concluyendo que la cirugía de reducción de mamas no tiene un carácter funcional y por ende solicita se dé por terminado el presente tramite incidental por el cumplimiento de la orden judicial y el archivo definitivo del expediente.

1.5.- PRUEBAS RECAUDADAS

- Fallo de tutela de 03 de marzo de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre.
- Acta de Junta Médica de 20 de agosto de 2020 y correo de notificación a la accionante.
- Contrato para la prestación de servicios de salud de los afiliados al FOMAG, para la Región cinco, esto es Córdoba – Sucre y Bolívar, suscrito entre la FIDUPREVISORA S.A., vocera y administradora del FOMAG y la Unión Temporal del Norte Región Cinco, identificado con el No. 12076-008-2017.
- Asignación de cita con fisiatría y epicrisis con psicología.
- Historia clínica con cirugía plástica.
- Acta de Junta Médica del 16 de septiembre de 2020.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Problema Jurídico a Resolver se tiene:

El problema jurídico principal se centra en el interrogante ¿Se cumple con los requisitos establecidos por la ley para imponer sanción a los doctores Gloria Inés Cortes Arango, en su condición de presidente de Fiduprevisora S.A.; José Fernando Arias, como Gerente Nacional de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", y a Ligia María Cure Ríos, como representante legal de la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral; por el alegado incumplimiento de la sentencia de tutela de 03 de marzo de 2020, proferida por el

Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del radicado 700013333008-2020-00001-01, promovida por Luisa Fernanda Herazo Peña?

La tesis de la demandante es que se ordene el cumplimiento de la orden judicial proferida en sede de tutela y se impongan las sanciones a que haya lugar.

Los funcionarios accionados no presentaron contestación del incidente de desacato.

La Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fomag, indicó que la persona competente para hacer el seguimiento al cumplimiento del fallo era el doctor José Fernando Arias en su condición de Gerente Nacional de Salud y quien tiene a su cargo la vigilancia en el cumplimiento por parte del prestador de salud contratado, pidiendo en consecuencia la desvinculación de la doctora Gloria Inés Cortes, y en cuanto a la orden judicial se refirió a haber requerido a la unión temporal la información atinente a las actuaciones adelantadas al respecto.

La tesis de la accionada Medicina Integral y/o Unión Temporal del Norte Región 5 es que ha dado cabal cumplimiento al fallo y por eso debe darse por terminado y ordenarse el archivo definitivo del expediente.

La tesis del despacho es que no hay lugar a imponer sanción de desacato, por los siguientes argumentos:

2.2.- Generalidades del incidente de desacato en acciones de tutela.

Dispone el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó la acción de tutela, que la persona que incumple sin justificación una orden del juez proferida en el trámite de una acción de tutela, incurre en desacato sancionable con arresto hasta por seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, previo agotamiento del respectivo trámite incidental.

En cuanto al objetivo del incidente de desacato, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado No. 25000-23-15-000-2008-01345-02(AC) expresó lo siguiente:

“Como puede apreciarse, aunque el incidente de desacato es una institución distinta al cumplimiento, a través de éste es posible conjurar las acciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales tutelados, motivo por el cual su objetivo más que sancionar al responsable del cumplimiento, es garantizar que se respeten las decisiones que amparan estos derechos, sin que lo anterior signifique como se ha expuesto, que el incidente de desacato constituya el único mecanismo de cumplimiento de las sentencias de tutela.

Sobre el particular puede apreciarse el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, reiterado en la sentencia T-1113 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño:

"De acuerdo con la sentencia T-188/02 el objeto del incidente de desacato es "sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectivo la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo". En otras palabras, el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger derecho fundamental vulnerado o amenazado. Así, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la persona obligada ha decidido no acatarla."

En cuanto al incumplimiento de los fallos judiciales, la Corte Constitucional en Sentencia T-1686 del 6 de diciembre de 2000, ha expresado:

"Ha de partirse del supuesto de que el orden jurídico fundado en la Constitución no podría subsistir sin la debida garantía del acatamiento a los fallos que profieren los jueces. Ellos han sido revestidos de autoridad suficiente para resolver los conflictos que surgen en los distintos campos de la vida en sociedad y, por tanto, constituyen elemento fundamental de la operatividad y eficiencia del Estado de Derecho.

(...)

En el caso de los derechos fundamentales, de cuya verdadera eficacia ha querido el Constituyente ocuparse en forma reiterada, el desacato a las sentencias judiciales que los reconocen es en sí mismo un hecho flagrantemente violatorio del Ordenamiento fundamental.

Todos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respeto y para que quienes se encuentran vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales.

De allí se desprende necesariamente que si la causa actual de la vulneración de un derecho está representada por la resistencia de un funcionario público o de un particular a ejecutar lo dispuesto por un juez de la República, nos encontramos ante una omisión de las que contempla el artículo 86 de la Carta, como objeto de acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. (...)

(...)

Por tanto, cuando el obligado a acatar un fallo lo desconoce, no sólo viola los derechos que con la providencia han sido protegidos, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, en cuanto la hace imposible, frustrando así uno de los cometidos básicos del orden jurídico, y truncando las posibilidades de llevar a feliz término el proceso tramitado. Por ello es responsable y debe ser sancionado, pero con su responsabilidad y sanción no queda satisfecho el interés subjetivo de quien ha sido víctima de la violación a sus derechos, motivo por el cual el sistema tiene que propiciar, de manera indiscutible, una vía dotada de la suficiente eficacia para asegurar que lo deducido en juicio tenga cabal realización". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia de Sala Plena C-543 del 1º de octubre de 1992).

En relación con el desacato, la Corte Constitucional, Sala Plena, en Sentencia C-243 de 1996 ha indicado:

"El desacato consiste en incumplir cualquier orden proferida por el juez con base en las facultades que se le otorgan dentro del trámite de la acción de tutela y con ocasión de la misma (...) La facultad del juez de imponer la sanción por el incumplimiento de tal orden debe entenderse inmersa dentro del contexto de sus poderes disciplinarios, asimilables a los que le concede al juez civil el numeral 2 del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre la naturaleza de dichos poderes, que se justifican por razones de interés público, expresó esta Corporación, en el reciente fallo C-218 de 1996 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) lo siguiente:

"El juez, como máxima autoridad responsable del proceso, está en la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan, y, obviamente, de la sociedad en general, pues su labor trasciende el interés particular de las partes en conflicto. Para ello el legislador lo dota de una serie de instrumentos que posibilitan su labor, sin los cuales le sería difícil mantener el orden y la disciplina que son esenciales en espacios en los cuales se controvierten derechos y se dirimen situaciones en las que predominan conflictos de intereses".

Respecto a los requisitos que se deben cumplir para imponer sanción en los incidentes de desacato, la Corte Constitucional ha distinguido dos elementos de responsabilidad; uno objetivo y otro subjetivo. En sentencia T- 512 de 2011, se dijo:

“CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Responsabilidad objetiva y subjetiva

“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. Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.”

De lo anterior se puede afirmar que el elemento objetivo se refiere al incumplimiento del fallo en sí, y el subjetivo hace relación con la persona responsable de dar cumplimiento al fallo y los motivos para la falta de acatamiento del mismo.

2.3.- Está demostrado que la accionada ha dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela.

Descendiendo al presente asunto, se tiene que mediante fallo de tutela emanado del Tribunal Administrativo de Sucre, de fecha 03 de marzo de 2020, se resolvió la alzada propuesta contra la sentencia de 27 de enero de 2020 emanada de este juzgado, en el siguiente sentido:

“Modificar los numerales primero y segundo de la sentencia 27 de enero de 2020 los cuales quedarán así:

PRIMERO: *Tutelar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de la joven Luisa Fernanda Herazo Peña, identificada con la C.C. 1.102.874.875 pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, frente a las omisiones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de su entidad prestadora de salud Unión temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral.*

SEGUNDO: *Ordenar al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio a través de su entidad prestadora de salud Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral, que en el término máximo de un (01) mes, realice valoración a la señora Luisa Fernanda Herazo Peña por parte del Comité Técnico Científico de la entidad conformado por los siguientes especialistas: Fisiatra, Ortopeda o Neurocirujano y Psicólogo, lo anterior, con el objeto de determinar si el aumento progresivo de sus mamas o hipertrofia mamaria, le ha afectado su salud, tanto física como psicológicamente. Para ello, deberá realizar previamente todos los exámenes médicos requeridos por cada una de las especialidades que conforman dicho Comité. Cumplido lo anterior, en el evento de tener concepto favorable por parte del Comité, la entidad accionada deberá en el término máximo de treinta (30) días, realizar el procedimiento de reducción mamaria a la señora Luisa Fernanda Herazo Peña.” (Subrayas fuera del texto original).*

La actora promueve incidente de desacato por cuanto alega que la parte accionada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del prestador de los servicios de salud, no había realizado trámite para el cumplimiento de la orden judicial.

En el curso del presente trámite, la accionada Medicina Integral y/o Unión Temporal del Norte Región 5, allegó los siguientes documentos:

El día 27 de agosto de 2020, se recibió constancia de notificación de la realización de Junta Médica y Acta de Comité de Ortopedia y Psicología de 20 de agosto de 2020, la cual consigna como objetivo: determinar afectación tanto física como psicológica de la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña, secundaria a diagnóstico de Gigantomastia Moderada. Desarrollo de la reunión y plan de acción. "Compromisos: siendo las 9 a.m., se da inicio a la junta médica previa convocatoria con la participación de Dr. Blachi Cohen (ortopedista); Dr. Néstor Tamara (ortopedista); Gloria Ortega Psicóloga. Preside la reunión la doctora Maurien Ruiz, quién realiza presentación del caso clínico de manera amplia y suficiente, según historial clínico de la paciente, con valoraciones cronológica de los especialistas tratantes, aunado a lo anterior toman la palabra los ortopedistas quienes teniendo en cuenta cuadro clínico referido más estudios realizados, refieren que desde el aspecto Biomecánico, el dolor referido por la paciente está relacionado con la parte postural, por contracción muscular, es importante resaltar que la parte ósea se encuentra conservada, sin desviaciones de línea media de la columna dorso-lumbar, con respecto a afectaciones futuras en la parte estructural o funcional es poco cambiante con relación al actual. Sin embargo, solicitan nueva valoración por cirugía plástica.

Se advierte que el dolor persistirá por la fuerza muscular que se aplica como mecanismo para mantener una adecuada postura.

Escuchado los aportes clínicos dados por los galenos, toma la palabra la psicóloga quién manifiesta la importancia del aspecto físico en la vida social y posibles repercusiones en la parte emocional de la paciente, por lo que indica abordaje psicológico por lo tanto se asigna cita presencial por psicología."

Además de asignación de cita con la especialidad Psicología para el día 27 de agosto de 2020 y de historia clínica valoración con Cirugía, a cargo del doctor Roger Ruiz Moreno, para el día 25 de agosto de 2020, en la cual se consigna: "paciente femenina 24 años al examen físico presenta diagnóstico de Gigantomastia Moderada, hasta el momento no presenta deformidad en columna cervico-dorsal que justifique la cirugía de reducción mamaria."

El 11 de septiembre de 2020, se allegó asignación de cita con la especialidad Fisiatría para el día lunes 14 de septiembre del 2020, con el doctor Oscar Benito Revollo y epicrisis de consulta externa con psicología de fecha 3 de septiembre de 2020, siendo

atendida por la doctora Gloria Elena Ortega Ruiz, en la cual se consigna en el ítem enfermedad actual: "paciente de 24 años de edad con complejo de inferioridad de larga data, un deterioro significativo en su autoestima que le impide tener pareja, quien ha sido víctima de burlas en todos los contextos que conviven por tener senos grandes" al examen actual está alerta, orientado globalmente, colabora en el proceso interventivo donde se evidencia afectó melancólico, con insight parcial, con percepción medianamente objetiva, con lenguaje coherente, con atención focalizada, con juicio y razón buenos. Plan: se intervienen a través de la técnica cognitiva Role Playing, se sugiere seguir implementando el protocolo de bioseguridad y libro de autoayuda.

Diagnóstico de ingreso: trastornos no especificados, emocionales y del comportamiento, que aparecen habi." (sic).

Y finalmente, el 18 de septiembre de 2020, la accionada remitió acta de Junta Médica llevada a cabo el 16 de septiembre del año en curso, cuyo objetivo es determinar la afectación tanto física como psicológica de la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña, secundaria a diagnóstico de Gigantomastia Moderada. En Desarrollo de la reunión y plan de acción, expresa: "siendo las 9:00 a.m, se da inicio a junta médica previa convocatoria con la participación de las especialidades de (Ortopedia, Psicología y Fisiatría). Preside la reunión la doctora Maurien Ruiz, quién realiza presentación del caso clínico de manera amplia y suficiente según historial clínico de la paciente con valoraciones cronológicas de los especialistas tratantes, aunado a lo anterior toma la palabra los ortopedistas quien en consenso y teniendo en cuenta el caso clínico referido más estudios realizados refieren que desde el aspecto Biomecánico el dolor referido por la paciente está relacionado esencialmente por la postura, por contracción muscular; es importante resaltar que la parte ósea se encuentra conservada, sin desviaciones de la línea media de la columna dorso-lumbar. Con respecto a afectaciones futuras en la parte estructural o funcional es poco cambiante con relación a la actual. Advierten que el dolor persistirá por la fuerza muscular empleada como mecanismo para mantener la adecuada postura.

El Fisiatra interviene en este mismo orden indicando que la causa del dolor cervico-dorsal puede ser secundario al peso de los senos, estrés, escoliosis dorsal derecha, por lo que indica manejo del dolor y probable reducción mamaria.

Escuchando los aportes clínicos dado por los galenos, toma la palabra la psicóloga que manifiesta la importancia del aspecto físico en la vida social y posibles repercusiones en la parte emocional de la paciente, con deterioro significativo del autoestima y complejo de inferioridad de larga data.

Se considera procedimiento quirúrgico de reducción mamaria, No Funcional, si no estético. Por no existir ordenamiento por la especialidad de cirugía plástica." (Subrayas fuera del texto original).

En atención a lo expuesto este Despacho extrae las siguientes consideraciones:

El fallo de tutela objeto del presente tramite incidental, ordenó la conformación de un Comité Técnico Científico con las especialidades de Fisiatría, Ortopedia o Neurocirugía y Psicología, quienes determinarían si el aumento de las mamas o hipertrofia mamaria que presenta la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña, le ha afectado su salud, tanto física como psicológicamente; para lo cual han debido haberse realizado los exámenes requeridos por cada una de las especialidades. Y en el evento de tener concepto favorable del Comité, la accionada deberá en el término máximo de 30 días, realizar el procedimiento de reducción mamaria a la accionante.

Sea menester indicar que la orden de amparo prevista en la sentencia emanada del Tribunal Administrativo de Sucre, estuvo supeditada a la consideración de no haber sido previamente evaluada la situación de salud de la accionante de una manera integral para soportar la negativa en la realización del procedimiento pretendido – reducción mamaria-, y que para mayor ilustración se cita aparte de las consideraciones expuestas en la sentencia en mención.

"Por lo expuesto anteriormente, esta Sala, en principio encuentra que existe una amenaza al derecho fundamental a la salud de la mujer analizado en perspectiva de género con enfoque diferencial, en razón a sus especificidades biológicas; pero, la colegiatura está en desacuerdo con la tesis planteada por el A Quo; en tanto, se estima que en esta oportunidad no existen los elementos probatorios suficientes para determinar, cómo lo hizo el juez de primer grado, que la cirugía requerida por la accionante es de carácter funcional y no meramente estética, ya que faltan los conceptos médicos de los especialistas de ortopedia o fisiatra que le fueron ordenados por el médico general; así como del neurocirujano y el psicólogo, al entender que LA SALUD, "es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad" y precisamente por ello, se alcanza a advertir una amenaza al derecho fundamental a la salud de la actora como mujer, por parte de la accionada -ello analizado desde una perspectiva de género en el caso concreto, al reconocer factores biológicos propios de la accionante en el contexto específico de los hechos narrados- pues la simple negativa a la realización del procedimiento desconoce la integralidad de la mujer como individuo y a su ser sexual, social, profesional, que se asocian a la autonomía personal y al proyecto de vida, por lo que se habilita al operador judicial para tomar las acciones tendientes a cesar la amenaza- en la medida que una de las patologías que la aqueja "Hipertrofia Mamaria", puede generar complicaciones en su salud (concepto OMS), pues quedó plenamente demostrado que ha tenido un momento progresivo de sus mamas, que no ha sido suficientemente evaluado, hechos que no se pueden desconocer al incorporar criterios de género al solucionar el sub examine y que deberán ser analizados, tal como se indicó ut supra, por un comité de especialistas. En esa medida, este Tribunal así lo ordenará."

A partir de lo anterior, la parte accionada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del prestador de los servicios de salud, ha debido realizar las

acciones tendientes a determinar a través del Comité Médico Científico integrado por las especialidades de fisiatría, psicología y ortopedia o neurocirugía, debidamente soportadas en exámenes y valoraciones que estimaran dichos especialistas, indispensables para emitir una decisión tendiente a determinar si existía o no afectación a la salud física como psicología de la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña, en razón del diagnóstico de hipertrofia mamaria que presenta.

Que efectuados los requerimientos respectivos, la decisión es adoptada a través del acta de 16 de septiembre de 2020, en la cual confluyeron las especialidades de ortopedia, psicología y fisiatría, los cuales conceptuaron así:

- Ortopedia: con el criterio de dos médicos ortopedas, concluyeron de forma concertada que, desde el punto de vista biomecánico, el dolor referido por la paciente, se encuentra relacionado esencialmente por la postura, por contracción muscular; resaltando que la parte ósea se encuentra conservada, sin desviaciones de la línea media de la columna dorso-lumbar, y que respecto a afectaciones futuras en la parte estructural o funcional, es poco cambiante con relación a la actual. Finalmente advierten que el dolor persistirá por la fuerza muscular empleada como mecanismo para mantener la adecuada postura.
- Fisiatría: señala que la causa del dolor cervico-dorsal puede ser secundario al peso de los senos, estrés, escoliosis dorsal derecha, por lo que indica manejo del dolor y probable reducción mamaria.
- Psicología: indica la importancia del aspecto físico en la vida social y posibles repercusiones en la parte emocional de la paciente, con deterioro significativo del autoestima y complejo de inferioridad de larga data.

No obstante la afectación física –dolores musculares- y psicológica –deterioro de autoestima y complejo de inferioridad- que presenta la paciente y que guarda relación con el tamaño de sus senos, estos especialistas finalmente concluyen o consideran al procedimiento quirúrgico de reducción mamaria, no funcional, sino estético, por no existir ordenamiento por la especialidad de cirugía plástica.

2.3.1. Elemento Objetivo como presupuesto para hacer procedente la imposición de sanción.

Como quiera que en esta oportunidad, lo que el juez constitucional debe analizar es si se configuran los elementos para imponer sanción a los accionados ante la falta del

cumplimiento del fallo de tutela, debiendo analizar un aspecto objetivo orientado a determinar si existe o no incumplimiento de la sentencia de tutela, y en el evento de existir, analizar si la falta de cumplimiento está justificada y por tanto debiendo valorar de forma específica la actuación adelantada por el indiciado, se procede a estudiar el elemento objetivo.

La sentencia objeto de incidente previó que la parte accionada debía someter a la valoración del Comité Técnico Científico, conformado por fisiatra, ortopeda o neurocirujano y psicólogo, quienes determinarían la procedencia de la cirugía de reducción mamaria, previendo para ello la realización de exámenes y valoraciones ordenadas por esas especialidades.

En el presente asunto está probado que el día 20 de agosto de 2020 se llevó a cabo Junta Médica de ortopedia y psicología, quienes ordenaron la valoración de la accionante Luisa Fernanda Herazo Peña por consulta externa con cirugía y psicología, habiéndose efectuado ambas.

También se acredita valoración por fisiatría y finalmente se tiene acta de Junta Médica conformada por un psicólogo, dos ortopedas y un fisiatra, quienes finalmente concluyeron que la cirugía de reducción mamaria tenía un carácter estético y no funcional.

Así se advierte que la cirugía de reducción mamaria, para que fuera procedente a través de la decisión de tutela, requería del concepto favorable del respectivo comité y que en esta oportunidad, dichos especialistas determinaron el carácter estético y no funcional del procedimiento quirúrgico.

En esa medida y de manera objetiva se tendría cumplida la orden judicial dirigida a las accionadas Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al prestador de los servicios de salud del personal afiliado y sus beneficiarios, Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral, como quiera que la decisión adoptada confluyó el criterio de los especialistas ordenados en la sentencia de tutela, precedido por los exámenes y valoraciones determinadas por éstos y quienes dieron concepto no favorable para el procedimiento, al no considerarlo de carácter funcional; no siendo procedente en esta oportunidad valorar la congruencia de la decisión con lo expresado precedentemente por los médicos especialistas para el caso de la paciente Luisa Fernanda Herazo Peña.

2.4. No hay lugar a imponer sanción dentro del presente incidente.

Como se expresó inicialmente, para la imposición de sanción en un incidente de desacato deben confluír los elementos objetivos y subjetivos, atinente el primero a la verificación del incumplimiento del fallo de tutela y el segundo a la carencia de razones o justificaciones válidas para dicha omisión, por lo cual el segundo elemento se predica del sujeto obligado a cumplir la correspondiente orden judicial.

En el presente asunto se tiene vinculados al trámite incidental, a los doctores Gloria Inés Cortes Arango, en su condición de presidente de Fiduprevisora S.A.; José Fernando Arias, como Gerente Nacional de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", y a Ligia María Cure Ríos, como representante legal de la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral.

Como quiera que al no haberse constatado el incumplimiento de la decisión de tutela y con ello a que no se tenga cumplido el elemento objetivo, es impertinente entrar a valorar el comportamiento o actuación de los funcionarios vinculados a este trámite incidental; no obstante y de acuerdo al contrato para la prestación de los servicios de salud al personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, que corresponde al No. 12076-008-2017, específicamente en su cláusula décima, consigna que la coordinación vigilancia y supervisión del presente contrato será efectuada por el Gerente Nacional de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien deberá cumplir con las funciones establecidas en el manual de supervisión e interventoría del Fondo y que tendrá entre otras, las siguientes funciones: impartir lineamientos al contratista sobre asuntos de su responsabilidad y exigirle la información que considere necesaria; vigilar y supervisar las actividades del contratista verificando el cumplimiento eficaz y oportuno de las mismas; exigir el cumplimiento del contrato en todas y cada una de sus estipulaciones y las demás que se requieran para la supervisión del contrato.

Con fundamento en lo anterior y al existir claridad de quien es el funcionario responsable sobre la supervisión y vigilancia en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud del personal afiliado y beneficiario al Fomag, resulta procedente la desvinculación de este trámite de la presidente de Fiduprevisora S.A., Dra. Gloria Inés Cortes Arango, como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

Recapitulando, el presente incidente de desacato se dará por terminado y se denegará la imposición de sanción por cuanto **i)** Está demostrado que la parte accionada ha dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela y **ii)** No hay lugar a imponer sanción dentro del presente incidente.

Por tanto el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo.

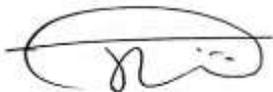
RESUELVE

PRIMERO. Denegar la solicitud de imposición de sanción contra los doctores José Fernando Arias, en su condición de Gerente Nacional de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", y Ligia María Cure Ríos, como representante legal de la Unión Temporal del Norte Región 5 y/o Medicina Integral; dentro del presente Incidente de Desacato promovido por la accionante Luisa Fernanda Herazo Peña, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Desvincular del presente trámite incidental a la doctora Gloria Inés Cortes Arango, en su condición de presidente de Fiduprevisora S.A., vocera y administradora del Fomag, de acuerdo a lo expresado arriba.

TERCERO. Dese por terminado el presente incidente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE LORDUY VILORIA

Juez

Firmado Por:

JORGE ELIECER LORDUY VILORIA

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE SINCELEJO-SUCRE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e070ded450577addfcb1c1a9919329cea7748f975922a730a026dc64785ca1e2**

Documento generado en 23/09/2020 08:40:07 a.m.