

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., Catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022).

Ref. Consulta de Incidente de Desacato. No 11001-40-03-067-2014-00202-03

Procede el Juzgado a resolver la consulta de la sanción proferida en el marco del incidente de desacato de la referencia.

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

El incidente de desacato fue promovido por la ciudadana **GLADYS PULGA ACEVEDO** como agente oficiosa del señor **URIEL MAURICIO POSADA ACEVEDO** en contra de **EPS FAMISANAR S.A.**

II. ANTECEDENTES:

A. Los hechos:

1. El pasado 23 de abril de 2014, el Juzgado 67 Civil Municipal De Bogotá Transformado Transitoriamente En Juzgado Cuarenta y Nueve De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple Del Distrito Judicial De Bogotá D.C., profirió sentencia de tutela, ordenando a la EPS FAMISANAR EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantizara la cobertura de todas las contingencias que afectaran al accionante, que avalara la salud integral, autorizara y entregara real y efectivamente sin ningún costo los PANALES TENA SLIP TALLA L y CREMA MARLY FRASCO.

2. Que mediante correo electrónico del 18 de febrero de 2022, la agente oficiosa solicitó iniciar el incidente de desacato, por cuanto, la Entidad Promotora de Salud no había dado cumplimiento a la referida orden, concretamente respecto de los siguientes servicios: (i) cuidador permanente por 24 de horas al día, 30 días al mes, con permanencia para tomar las actividades diarias (ii) la silla-pato para baño adulto, (ii) el oxígeno húmedo en termo, (iv) los líquidos por cánula nasal a 2 litros 24 horas al día, y (v) cánula nasal, 2 por mes.

B. El trámite:

1. Mediante auto del 24 de febrero de 2022, el Juzgado de conocimiento requirió al representante legal de la EPS FAMISANAR, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esa providencia, informara sobre el cumplimiento del fallo de tutela del 23 de abril de 2014.

permanente por 24 de horas al día, 30 días al mes, con permanencia para tomar las actividades diarias, en tanto que de un lado, no hay evidencia médico científica que así lo permita concluir y, de otro, atendiendo a la diferenciación que ya ha hecho el alto tribunal sobre estos dos servicios.

Sobre el particular, dijo que: "La atención domiciliaria es una "modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia"[33] y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).[34]

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.[35] Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,[36] ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante[37] y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.[38] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero"³

En ese orden de ideas, es claro que, si hubo un incumplimiento parcial por parte de la incidentada, respecto del cual no se evidencia manifestación alguna de imposibilidad material o sustancial, conllevando de este modo a demostrar que hizo bien al a-quo en declarar en desacato al representante legal de tal Entidad Promotora de Salud.

Continuando, de cara a lo expuesto en precedencia, liminarmente se avista el acierto en la sanción impuesta por el Juzgado de Pequeñas Causas, pues esta atiende los criterios establecidos en la norma y además es acorde con el incumplimiento parcial en que incurrió la incidentada, tornándose así adecuada, congruente y proporcional.

Además de ello, no se observa irregularidad alguna en el trámite impartido en primera instancia, en tanto las providencias proferidas fueron debidamente notificadas, precisando que si bien la apertura del incidente debe notificarse de

³ T-015 de 2021.

Pues bien, revisadas las documentales allegadas, se evidencia que en efecto si hubo un incumplimiento parcial de la orden emitida por el Juzgador de instancia, tal y como se dijera en la providencia en donde se declaró probado el desacato.

Sobre el particular, cabe memorar que el presente trámite de desacato fue incoado por la no prestación y/o suministro de los siguientes servicios de salud i) cuidador permanente por 24 de horas al día, 30 días al mes, con permanencia para tomar las actividades diarias (ii) la silla-pato para baño adulto, (iii) el oxígeno húmedo en termo, (iv) los líquidos por cánula nasal a 2 litros 24 horas al día, y (v) cánula nasal, 2 por mes, los cuales en efecto se constata estaba llamada la EPS a suministrar en virtud al fallo de tutela proferido por ese Despacho.

Desde tal óptica, se encuentra que no se reparó en el cumplimiento de los dos últimos insumos, pues de conformidad al acta de entrega del 8 de marzo, se constató su efectivo suministro a la agenciada, punto en el cual este Juzgado debe precisar que si bien de rever dicho documento no se hace mención taxativa a la cánula nasal dos por mes, lo cierto es que la EPS accionada indicó que dicho insumo se encontraba disponible para ser retirado por la agenciada, a quien se le notificó dicha disponibilidad, situación que deja que ver que la EPS gestionó las actuaciones que le competían para cumplir el fallo de tutela.

Sin embargo, tal y como se indicó en la providencia objeto de pronunciamiento, se avista que no sucedió así respecto de la silla-pato para baño adulto, en tanto que aun cuando fue autorizada, no hay prueba alguna de su entrega, lo cual permite colegir el incumplimiento del fallo de tutela.

Igual apreciación debe hacerse respecto del cuidador permanente por 24 de horas al día, 30 días al mes, con permanencia para tomar las actividades diarias, pues pese a la insistencia de la EPS accionada al iterar la inexistencia o pérdida de vigencia de la orden médica, lo cierto es que, en el plenario si se avista aquella, la cual si bien data del 16 de noviembre de 2021, lo cierto es que, no por ello se puede negar la EPS a prestar el servicio, pues de un lado del relato por la accionante se tiene que aquella ha intentado en varia ocasiones su suministro encontrado negativa por parte de la EPS, además también se advierte que al iniciar este trámite en el mes de febrero de 2022 la misma fue adosada y por supuesto puesta en conocimiento de la accionada, lo cual permite colegir que en todo caso aun teniéndose conocimiento de aquella por las notificaciones que se surtieron en la primera instancia, la EPS la desconoció frontalmente y, también debe decirse que transcurrió un tiempo de 3 meses entre la emisión de la orden y la solicitud de desacato, lo cual tampoco luce desproporcionado y por ende meritorio para avalar la negativa de la accionada.

Es más, tampoco hay prueba alguna de que algún galeno, hubiese emitido concepto alguno que indique que el agenciado no requería estos servicios.

Ahora, también es dable precisar que si bien se allegó documento suscrito por la agenciada donde acepta desistir de un servicio, nótese que en dicho cartular se precisó que este consistía en el servicio de enfermería sin especificar las condiciones de tiempo en que se brindaba el mismo, situaciones que en todo caso no demuestran a plenitud el acatamiento de la orden médica de un cuidador

deben ser observadas. Pero eventualmente puede suceder que no se cumplan, caso en el cual, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, prevé el procedimiento a seguir para obtener su acatamiento. De ahí que, el artículo 52 *ibidem* estatuya que la persona que incumple la orden tutelar incurre en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales y disciplinarias que devengan procedentes.

Acerca de la finalidad que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Corte Constitucional y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada; de suerte que no se persigue reprender al reuente por el peso de la sanción en sí misma, sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvencción cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados¹.

2. La consulta:

Ahora, en tratándose de la consulta de desacato se ha precisado que en esta etapa del trámite la autoridad competente deberá verificar los siguientes aspectos: (i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento– con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido y (ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia.

Recordando que la finalidad última del incidente de desacato es la de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo, la Corte ha admitido que en ciertas circunstancias el juez que conoce el grado jurisdiccional de consulta adicione lo resuelto por el a quo a través de medidas complementarias o ajustes tendientes a asegurar el cumplimiento de las órdenes de tutela, circunscrito eso sí a la parte resolutoria de la sentencia de tutela, pues no es este el escenario para abrir el debate previamente clausurado².

3. El problema jurídico:

El problema jurídico gravita en establecer si en efecto existe incumplimiento por parte de la incidentada y en caso afirmativo, si la sanción impuesta es la correcta.

III. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub-examine*, con el propósito de resolver la consulta, en primer orden se abordará el primer problema jurídico, para continuar con el restante.

¹ SU-034 de 2018.

² Ib.

2. Luego, la EPS accionada contestó solicitando el cierre del desacato, argumentando frente al cuidador y la silla pato no existía orden médica y respecto del oxígeno la imposibilidad de su suministro en termo de oxígeno líquido por que el mismo se despresuriza y atendiendo a las condiciones de vivienda del agenciada.

3. En auto del 9 de marzo de 2022, se requirió al Superintendente Nacional de Salud, señor FABIO ARISTIZÁBAL ÁNGEL, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados desde la notificación de esa providencia, hiciera cumplir el fallo de tutela y diera apertura a los procesos disciplinarios a que hubiese lugar, entidad que indicó que requirió a la EPS en tal sentido.

4. Ulteriormente, en providencia adiada 8 de abril de 2022, el Juzgado de primer grado, dio apertura al incidente de desacato contra del señor ELÍAS BOTERO MEJÍA en calidad de Representante Legal de EPS FAMISANAR y el señor FABIO ARISTIZABAL ÁNGEL como superintendente de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

5. Con ocasión a lo anterior, la accionada acreditó la entrega a la agenciada del THERMO LIQUIDO, STROLLER PORTATIL y CONECTOR HUMIDIFICADOR SALTER LABS el 8 de marzo de 2022 e insistió en la falta de orden médica sobre el cuidador y la silla pato.

Sin embargo, luego aclaró que mediante la IPS PERSADULT HOME fue asignado el servicio de auxiliar de enfermería 24 horas de lunes a domingo quienes no habían logrado la prestación del servicio por barreras interpuestas por familia.

Y respecto de la silla pato, indicó que su servicio ya había sido avalado por un médico tratante, por lo cual se había autorizado y estaba pendiente de entrega.

6. En auto del 5 de mayo hogano, se abrió a pruebas el trámite incidental y en audiencia del 13 siguiente se practicaron las mismas.

7. Luego, la EPS accionada, allegó documento de desistimiento al servicio de enfermería domiciliaria suscrita por la señora Gladys Pulga.

8. Finalmente, en providencia del 16 de junio de 2022 el Juzgado tras no hallar cumplida cabalmente la orden impartida, sancionó al señor al señor ELÍAS BOTERO MEJÍA, identificado con cédula de ciudadanía número 79.146.216, en calidad de representante judicial de la EPS FAMISANAR, con arresto de ocho (8) días y multa de ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. CONSIDERACIONES

1. El incidente de desacato:

Sabido es que la acción de tutela tiene como propósito la salvaguarda inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, de modo que, una vez verificada su vulneración o amenaza, las órdenes que se impartan para ampararlos

forma personal, presencialmente o bajo los parámetros establecidos en la ley 2213 de 2022, lo cierto es que, en este caso se realizó mediante correo electrónico y además en el trámite incidental se contó con la participación activa de la parte accionada a efectos de ejercer en debida forma su derecho de contradicción.

Colofón de lo anterior, se confirmará en su totalidad la providencia adiada 16 de junio de 2022, advirtiéndole que ya lo relativo a la inaplicabilidad de la sanción deprecada por la incidentante, le compete decidirla al Juzgado de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo (8) Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la providencia adiada 16 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado 67 Civil Municipal De Bogotá Transformado Transitoriamente En Juzgado Cuarenta y Nueve De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple Del Distrito Judicial De Bogotá D.C., sancionó al señor ELÍAS BOTERO MEJÍA, identificado con cédula de ciudadanía número 79.146.216, en calidad de representante judicial de la EPS FAMISANAR, con arresto de ocho (8) días y multa de ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito esta decisión a las partes.

TERCERO: DEVOLVER las presentes diligencias al Juzgado referido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

EDITH CONSTANZA LOZANO LINARES
JUEZ

AKB