

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 11001 40 03 057 2020 00590 00 (Incidente de desacato)

Se procederá a fallar el incidente propuesto por el señor Cesar Darío Cubides como agente oficio de la señora Ana Elvira Cobos contra los señores Iván Mesa Cepeda en calidad de Gerente General de la EPS Capital Salud, Mauricio Garzón en calidad de Director Técnico y de Salud de la EPS Capital Salud, y la señora a Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica y de Salud, sin abrir el trámite a pruebas, en la medida que todas las aportadas son documentales y su valoración se realizara en esta providencia

Como antecedentes del presente incidente de desacato se pueden destacar los siguientes:

Mediante sentencia del 15 de octubre de 2020 se amparó los derechos fundamentales de la señora Ana Elvira Cobos, ordenando a EPS Capital Salud que *“...autorice y suministre los pañales desechables slip talla m en la cantidad ordenada por el médico tratante el pasado 20 de agosto de 2020...”*, y tratamiento integral.

El agente oficioso de la incidentante solicitó aplicación a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, como quiera que la Entidad Promotora de Salud se ha negado a entregar los pañales desechables ordenados por el médico tratante.

Tras elevarse los requerimientos respectivos, la Entidad Promotora de Salud encartada manifestó que para el 1 de octubre de 2020 se entregó la cantidad de 120 pañales, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2438 de 2018 del Ministerio De Salud y Protección. Por auto del 10 de noviembre de la anualidad anterior, se ofició a la Personería Distrital, Procuraduría General de la Nación, y la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelantara las investigaciones disciplinarias correspondientes.

Mediante correo electrónico de data 17 de noviembre de 2020, el agente oficioso reitero que no se ha entregado las 360 unidades de pañales desechables dispensadas a favor de la señora Ana Elvira Cobos, como quiera que la orden médica se encuentra prescrita, por ende, solamente entregan 120 unidades mensuales.

Mediante auto del 7 de diciembre de 2020, se ordenó: i) vincular al señor Iván Mesa Cepeda en calidad de Gerente General de la EPS Capital Salud (atendiendo lo manifestado por la Superintendencia de Salud), ii) oficiar a la IPS Audifarma S.A. para que informará la data y cantidad de entregas de pañales desechables que se han suministrado a la quejosa, y iii) se dio apertura al trámite incidental, ordenando notificar a Mauricio Garzón, y la señora Clara Inés Ospina Vera como responsables del cumplimiento del fallo de tutela.

A su turno, la IPS Audifarma S.A. indicó que no contaban con disponibilidad en pañales desechables tena talla m, los cuales serían sustituidos por la marca plenitud protec desde el 3 de diciembre de la anualidad anterior, y adjunto relación de entregas para el 31 de octubre de 2020 por 120 unidades, el 14 de diciembre de 2020 por 120 unidades, y el 2 de enero de 2021 por 120 unidades. La EPS Capital Salud precisó que para el 15 de enero de 2021 se autorizó entrega de pañales desechables.

Por auto del 27 de enero de 2021 se ordenó vincular a la causa a la señora Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica, y mediante proveído del 4 de febrero se desvinculo a la señora Clara Inés Ospina Vera, ante la manifestación de la Entidad Promotora de Salud, donde se afirma que no es la responsable del acatamiento del fallo de tutela.

Seguidamente la EPS Capital Salud señaló que se autorizó la entrega de los pañales desechables para el 1 de octubre, 14 de noviembre, 3 de diciembre de 2020, y 15 de enero, y febrero de 2021. Advirtiendo que no es procedente las entregas retroactivas de meses del año 2020, razón por la cual la parte actora deberá solicitar el reembolso de los insumo no entregados, dentro del término de 15 días después de autorizado.

CONSIDERACIONES

Se tiene que el incidente de desacato se proveyó con el fin de acreditar el cumplimiento de la decisión proferida por el Juez de Tutela, por lo tanto, se instituyo para convalidar la efectiva ejecución de lo ordenado en sede constitucional, salvaguardando así los derechos fundamentales concedidos a favor del accionante; al igual que cumple con el ejercicio de la potestad disciplinaria que ostenta el Juzgador, con ánimo de sancionar a quien desatienda sus mandatos.

En razón a lo anterior, el artículos 52 del Decreto 2591 de 1991 consagro la figura jurídica del desacato, por medio de la cual el Juez de Tutela entra a estudiar la conducta desplegada por quien está encargado de cumplir con el mandato impuesto en fallo constitucional, a fin de determinar si ha incurrido en desobedecimiento de las órdenes impartidas, en cuyo caso, procederá a sancionarlo, con arresto, y/o la imposición de multa.

De igual modo, ha dicho la Corte Constitucional que este trámite se establecido con el objetivo de *“...lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada; de suerte que no se persigue reprimir al renuente 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 quebrantados”*.¹

En efecto, se ha reiterado, por parte de la doctrina constitucional, que la labor del Juez que conoce el incidente de desacato, consiste en *“examinar si la orden proferida para la protección de un derecho fundamental fue cumplida, o no, por su destinatario, en la forma prevista en la respectiva decisión judicial”*.²

Por lo tanto, se deberá determinar, i) a quién se dirigió la orden, ii) en qué término debía ejecutarse, iii) el alcance de la misma, iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso, y v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso.

Sin embargo, la jurisprudencia ha definido que la responsabilidad en que incurra la parte accionada es objetiva y subjetiva; la primera de ellas, hace referencia al simple incumplimiento del fallo, es decir, que se comprobó que la decisión adoptada no ha sido acatada; y la segunda trata, de la negligencia que se pueda imputar a quien sea el obligado de cumplir con la orden del fallo de tutela; en otras palabras, para que se pueda imponer sanción disciplinaria, se requiere que la negligencia se comprobada de la persona que se sustrae al

¹ Sentencia SU034 de 2018.

² *Ibidem*.

cumplimiento del fallo, ya que no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho objetivo del incumplimiento.

Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T - 939 de 2005 que:

“...Los dos elementos del desacato, es decir, el objetivo (incumplimiento de la decisión) y el subjetivo (conducta desplegada por cada disciplinado tendiente a no cumplir) giran en torno a la orden que se haya consignado en la tutela. Ahora bien, esta solamente sería obligatoria, en principio, respecto de la parte resolutoria del fallo e incluiría la ratio decidendi presente en el mismo. En todo caso, debemos señalar que en aplicación del principio de buena fe y conforme al artículo 6° de la Constitución, no es posible derivar obligación ni responsabilidad alguna respecto de órdenes que no han sido consignadas con claridad en la decisión. Esto porque tratándose de un proceso sancionatorio en donde se encuentra bajo debate la libertad, honra y bienes de un Asociado se hace necesaria la conformación de un parámetro objetivo y claro a partir del cual deducir el incumplimiento de la obligación....”

Preliminarmente se advierte que la persona encargada de cumplir con el fallo de tutela dentro del engranaje administrativo de la Entidad Promotora de Salud es la señora Soraya Dajud identificada con cedula de ciudadanía 1636539 en calidad de Subdirectora Médica y de Salud, cuyo superior jerárquico es el señor Mauricio Garzón Quitian identificado con cedula de ciudadanía 80497200, como Director Técnico³ (según lo informado por la encartada mediante escrito remitido por correo electrónico del 3 de febrero de 2021). Descartado cualquier responsabilidad a cargo del señor Iván Mesa Cepeda en calidad de Gerente General de la EPS Capital Salud. Luego pasa el Despacho a determinar si la Subdirectora Médica y de Salud de la EPS Capital Salud, incurrió en desacato o no, teniendo en cuenta los criterios de responsabilidad objetiva y subjetiva.

En el *sub-judice* acontece, que frente a los requerimientos efectuados a la Subdirectora, y Director Técnico de Medicina y de Salud, solicitaron el archivo de las presentes diligencias por haberse dispensado los insumos requeridos por la afiliada. En ese sentido, y en observancia del trámite adelantado en esta instancia, así como las mencionadas contestaciones proferidas por la EPS encartada, el Despacho advierte que no es dable sancionar a la señora Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica y de Salud, y al señor Mauricio Garzón Quitian Director Técnico por desacato previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, como pasa a explicarse.

En efecto, ha de recordarse que *“... todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato’ ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela, pero ello no se deba a la negligencia del obligado - responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de ‘todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento’ del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.”*⁴

En punto, se advierte que la EPS Capital Salud a lo largo de este trámite de desacato, arguyó que se han dispensados ciento veinte unidades mensuales de pañales desechables a favor de la señora Elvira Cobos desde el mes de octubre de 2020 a febrero de 2021, y respecto a las *“...entregas retroactivas de meses del 2020, se le indica que no procede la retroactividad para caso de incumplimiento existe mecanismo de reembolso en la compra del insumo y esto se debe hacer 15 días después de autorizado y no entregado dicho*

³ Ver respuesta de la EPS Capital Salud, obrante folio 85 del expediente digital.

⁴ Sentencia T-606 de 2011 y Sentencia SU 034 de 2018.

insumo por algún inconveniente presentado, por lo cual no vemos en donde genera inconformismo pues a la fecha contamos con cumplimiento total de lo ordenado...”⁵

Afirmación que fue puesta en conocimiento del agente oficioso de la parte actora, con el fin de determinar si se ha elevado el requerimiento de reembolso de las unidades de pañales que se han tenido que adquirir de forma particular. Comunicación que fue desatendida por el señor Cesar Darío Cubides pues guardó silencio ante el requerimiento elevado por vía electrónica el 5 de febrero de 2020.⁶ Luego en ese sentido, se advierte que si no se ha logrado un cumplimiento total a la orden médica dada el 20 de agosto de 2020 referente a la entrega de 360 unidades de pañales desechables, también lo es, que la entidad cuestionada no puede adelantar entregas retroactivas atinentes a prescripciones médicas vencidas, ni tampoco puede dispensar insumos que no cumplan con la cantidad dispuesta en parágrafo 2, artículo 19 de la Resolución 2438 de 2018,⁷ referente a la entrega mensual de 120 unidades de pañales mensuales; por ende, dicha entidad advirtió que en caso de que las entregas se hayan dispensado en forma parcial, se deberá iniciar el proceso de reembolso en la compra de elementos no suministrados y que hayan tenido que ser asumidos por el afiliado.

En este sentido, dada las circunstancias especiales del asunto objeto de estudio, se evidencia que en ausencia de toda negligencia y dolo, no se ha podido dar cumplimiento al amparo constitucional, pues se itera que no ha sido por capricho u omisión intencional de los incidentados evadir el cumplimiento de la sentencia, sino debido a disposiciones normativas del sector salud que impide la entrega de insumos de forma retroactiva, pero si se habilita la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos que haya asumido la quejosa en aras de proveer los pañales desechables ordenados por el médico tratante. Por tanto, no se configura el elemento de responsabilidad subjetiva para emitir sanción por desacato.

En este punto, cabe precisar que en el curso del trámite incidental por desacato a la orden de tutela, *“...el juez debe verificar circunstancias como (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela...”⁸*

En ese orden de ideas, se tiene que la EPS Capital Salud ha desplegado actuaciones positivas con ánimo de acatar la orden impuesta en fallo de tutela, y que se direcciona a obtener la entrega de pañales desechables requeridos por la señora Ana Elvira Cobos, lo cual se ha efectuado de forma parcial a lo largo del trámite incidental, y a su vez se le ha comunicado a la parte incidente que inicie el proceso de reembolso de los productos no dispensados; resulta improcedente imputar alguna clase de negligencia contra los aquí incidentados Mauricio Garzón en calidad de Director Técnico y de Salud de la EPS Capital Salud, y la señora Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica y de Salud de la EPS Capital Salud.

⁵ Ver respuesta de la EPS Capital Salud, obrante folio 85 del expediente digital.

⁶ Ver respuesta de la EPS Capital Salud, obrante folio 93 del expediente digital.

PARÁGRAFO 2. Cuando se trate de prescripción de pañales y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizadas por usuario, no se requerirá del análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. La entidad responsable del asegurado deberá controlar el suministro de dichas cantidades de forma mensual, independiente del número de prescripciones por usuario que se hayan registrado en la herramienta tecnológica. Lo anterior hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin.

7

⁸ Sentencia SU-034 de 2018.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de sancionar por desacato a los señores Mauricio Garzón en calidad de Director Técnico y de Salud de la EPS Capital Salud, y la señora a Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica y de Salud de la EPS Capital Salud, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: PREVENIR a los señores Mauricio Garzón en calidad de Director Técnico y de Salud de la EPS Capital Salud, y la señora a Soraya Dajud en calidad de Subdirectora Médica y de Salud de la EPS Capital Salud, para que en lo sucesivo, dentro del ámbito de su competencia cumpla plenamente con los deberes de protección y cumplimiento de los derechos fundamentales deprecados que le corresponde, con el fin de procurar que situaciones como la que dio lugar a la tutela señalada, no se repitan en el futuro.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: ORDENAR el archivo de este trámite, una vez cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**MARLENE ARANDA CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

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:

**a37f757b974ebb14e75fed579ed3e6247e59f0b55de5bc0fe2fe516287da83
bd**

Documento generado en 25/02/2021 07:16:05 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**