

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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 11001 40 03 057 2017 01104 00 (Incidente de desacato)

Este Despacho mediante fallo de tutela adiado 25 de octubre de 2017 amparó los derechos fundamentales de la señora María Aleidis Chavarro de Londoño representada por María Elsy Gladys Londoño de Pulido, ordenando a la EPS Famisanar que dispensara los elementos de cuidado personal como pañitos húmedos, guantes de manejo, crema antipañalitis, y antiescaras. Sentencia que fue adicionado en segunda instancia por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá mediante providencia del 15 de diciembre de 2017, al incluir la orden de prestación del servicio de enfermería por veinticuatro horas.

La señora María Elsy Gladys Londoño de Pulido solicitó que se ordenara a la entidad encartada que diera cumplimiento al fallo de tutela, o en su defecto, se diera aplicación a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991; en razón a que la Entidad Promotora de Salud cumplió con lo ordenado en sede de tutela hasta el día 11 de junio del año 2021, ya que posteriormente, se redujo las horas de prestación del servicio de enfermería a 12 horas y la calidad y cantidad de pañales desechables.

Inicialmente se requirió al señor Elías Botero Mejía en calidad de Gerente General de la EPS FAMISANAR SAS, para que cumpliera con el fallo de primera y segunda instancia. Seguidamente, la directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS FAMISANAR S.A.S manifestó que se está cumplimiento con los servicios ordenado en el fallo de tutela, teniendo en cuenta las prescripciones medicas emitidas por el galeno tratante, y agregó que en la actualidad la afiliada no cuenta con autorización de prestación de servicio de enfermaría por 24.

Por auto de 28 de septiembre de 2021, se vinculó a la sociedad ROHI IPS S.A.S., al ser la prestadora del servicio de enfermería. En oportunidad, la entidad contratada, indicó presta los servicios de terapia física, respiratoria, lenguaje, valoración por médica general, y servicio de enfermería por doce horas los siete días de la semana.

Al ponerse en conocimiento las comunicaciones remitidas por la entidad encartada y la sociedad vincula, la actora precisó que de forma arbitraria la EPS Famisanar disminuyo la prestación de servicios de enfermería de 24 horas a 12 horas, el suministro de pañales desechables de 150 unidades mensuales marca Tena a 120 unidades de cualquier referencia, y ya no se está realizando las terapias, debido a que se ha presentado varias ausencias de las enfermeras asignadas.

Tras elevarse los requerimientos respectivos a la Personería Distrital, Procurador General de la Nación, y a la Superintendencia Nacional de Salud, se dio apertura al trámite incidental por auto del 9 de noviembre de 2021 en contra de la señora HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de los fallos de tutela, y el señor ELÍAS BOTERO MEJÍA en calidad Gerente General de la EPS FAMISANAR.

La EPS Famisanar, reiteró su compromiso como prestadora del servicio de salud e indicó que la asignación de acompañamiento y cuidado de enfermería está determinada por orden médica de 12 horas diarias, bajo la programación de cuidados paliativos. De igual forma adjunto los soportes de

entrega de los pañales desechables en la cantidad e indicaciones dadas por el médico tratante.

Finalmente, por auto del 26 de noviembre de 2021, se abre el trámite a pruebas, ordenando tener en cuenta cada uno de los documentos aportados con el escrito incidental, y los memoriales de contestación del libelo.

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, no sólo se trata de ejercer un poder en cuanto al amparo de las prerrogativas invocadas dentro del trámite preferente, sino convalidar la efectiva ejecución de lo resuelto, y dentro del término establecido, en pro de asegurar la cobertura de dicho amparo a favor de quien se proveyó, en previsión de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

De igual modo, ha dicho la Corte Constitucional que este trámite se estableció 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 reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados”*.

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”*.

Por otra parte, la citada Corporación en sentencia T- 652 de 2010 indicó que el cumplimiento del fallo de tutela es *“... de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración”*, mientras que el incidente de desacato *“... es una figura accesoria de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela”*.

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, **v)** cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso, **iv)** y si se presentó negligencia comprobada por parte de los encargos en el cumplimiento del fallo de tutela, pues *“... 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.”* (Sentencia T-606 de 2011 y Sentencia SU 034 de 2018).

Como punto pacífico, se tiene que mediante sentencia adiada 15 de diciembre de 2017 el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, ordenó la prestación del servicio de enfermería por veinticuatro horas a favor

de la señora María Aleidis Chavarro de Londoño, tras precisar que *“...la aludida conclusión se llega, por cuanto dentro del plenario se evidencia que el Médico Domiciliario de la agenciada, inscrito a la IPS Proseguir, ordena de forma independiente a las terapias al servicio de enfermería por 24 horas...”*.¹

Bajo dicho razonamiento, y atendiendo la diversa jurisprudencia constitucional, se advierte que la base fundamental para determinar la necesidad de la prestación de un servicio de salud,² que deba ser protegido por vía de tutela, son las prescripciones médicas y el historial clínico del paciente; puesto que son los galenos adscritos a la Entidad Promotora de Salud los llamados a determinar los procedimientos que han de impartirse en el tratamiento y rehabilitación de los usuarios del sistema, ya que dicho criterio científico demuestran la realidad clínica del paciente.

En ese orden de ideas, se tiene que el fallo emitido por el superior jerárquico no se profirió de forma aislada y sin fundamento científico, sino por el contrario está basado en la orden médica del galeno que estaba a cargo de la atención de la señora María Aleidis Chavarro de Londoño, para la época en que se surtió la impugnación del fallo de primera instancia. Luego, resulta procedente estudiar el presente incidente de desacato de cara a las nuevas órdenes médicas que fueron allegadas al plenario por parte de la EPS Famisanar, que dan fe las condiciones de salud de la paciente, y del servicio que se debe dispensar.

De la documental allegada al plenario se evidencia que, para los meses de febrero, abril, y mayo se mantenía la orden del servicio de enfermería por 24 horas y el suministro de pañales desechables de 150 unidades mensuales (folios 29 al 31 del expediente digital). Empero, para la consulta del 31 de agosto de 2021, la precepción médica cambia a *“...PAÑALES ADULTO TALLA L 4 CAMBIOS DIARIOS 120 POR MES TERAPIA FISICA 2 POR SEMANA 8 AL MES, MANTENIMIENTOS DE ACTOS DE MOVILIDAD Y TONO MUSCULAR TERAPIA RESPIRATORIA 2 POR SEMANA 8 POR MES, MANTENER PATRON RESPIRATORIO Y EVITAR INFECCIONES RESPIRATORIAS TERAPIA DE LENGUAJE 2 POR SEMANA 8 POR MES, MEJORAR DEGLUSIÓN DISFAGIA MODERADA. ENFERMERÍA 12 HORAS DIARIAS DE DOMINGO A DOMINGO MANEJO POR CLINICA DE HERIDAS 2 VECES POR SEMANA 8 POR MES...”* (folio 67 del expediente digital).

En ese sentido, no puede el operador judicial entrar a determinar que el representante legal y el funcionario competente de acatar el fallo de tutela de la entidad accionada, hayan desconocido la orden dada en primera y segunda instancia frente al suministro de pañales y del servicio de enfermería; pues se itera, que las condiciones en que se venía prestando el servicio cambiaron por criterio del médico tratante, y no al arbitrio de la Entidad Promotora de Salud. Lo que permite afirmar que la EPS FAMISANRA no ha vulnerado los derechos fundamentales de la quejosa, máxime cuando la IPS asignada ha venido prestando el servicio conforme los soportes obrantes a folios 68 y 69 del expediente digital.

Verificado lo anterior, resulta pertinente tener por cumplido el fallo de tutela de data 25 de octubre de 2017 y la providencia que lo adicionó del 15 de diciembre del mismo año; y por tanto, no hay lugar a sancionar por desacato a la señora HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de los fallos de tutela, y el señor ELÍAS BOTERO MEJÍA en calidad Gerente General de la EPS

¹ Folios 23 cuaderno 2 del expediente digital.

² La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica. (ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio. (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS. (iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados. T-508 de 2019,

FAMISANAR, en la medida que la disminución del horario del servicio de enfermería, y la unidad de pañales desechables obedece al criterio del médico tratante, y no como omisión o negligencia de la EPS Famisanar.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de sancionar por desacato a la señora HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de los fallos de tutela, y el señor ELÍAS BOTERO MEJÍA en calidad Gerente General de la EPS FAMISANAR, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes intervinientes en este asunto, por el medio más expedito.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias una vez cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE NOTIFÍQUESE,



MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ