



JUZGADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2021

Ref. Inc. Desacato Tutela N° 110014003015-2005-1246-00

Procede el Despacho a decidir el incidente de desacato al fallo proferido por este Juzgado el 3 de Octubre de 2005, dentro de acción de tutela instaurada por la señora ANA DOLORES VARGAS DE BOLAÑOS en contra de FAMISANAR E.P.S.

I. ANTECEDENTE:

1. Previamente al trámite, mediante fallo del 3 de octubre de 2005 este despacho concedió el amparo de tutela deprecado por la señora ANA DOLORES VARGAS DE BOLAÑOS, por afectación a su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida y seguridad social, y en consecuencia, ordenó al representante legal o quien haga sus veces de FAMISANAR E.P.S., que *“en el término improrrogable de 48 horas contadas a partir del momento en que se notifique la presente providencia y hasta cuando permanezca vigente el contrato con ANA DOLORES VARGAS DE BOLAÑOS, esta entidad le preste la atención medica integral que necesite, valga decir, consultas, servicios médicos, quirúrgicos, exámenes de diagnósticos (sin excepción) entre estos, el BLOQUEADOR SUNSTOP y se practique la terapia TOTODINAMICAS ODER, y los que determine el médico tratante según su leal saber y entender que sean necesarios para que le sea tratada en su integridad la enfermedad de CARCINOMA BASOCELULAR CON COMPROMISO DE LA DERMIS RETICULAR (TUMOR MALIGNO DE LA PIEL) y el de REGENEAZ MACULAR OD MEMBRANA NEOVASCULAR SUBRETINA ACTIVA, aun cuando estén fuera del POS en aras de salvaguardar la salud, la vida y la integridad física de la accionante y de estos lo que no se encuentren en el POS la EPS debe suministrárselos sin dilación con cargo al FOSYGA. ...”*

2. El 11 de septiembre de 2020, la accionante presentó incidente de desacato, aduciendo el incumplimiento del fallo de tutela, razón por la cual se procedió mediante proveído del 18 de septiembre de 2020 a requerir a Famisanar quien a través de la Directora de Gestión del Riesgo Poblacional, rindió el informe solicitado.

3.- Lo informado por la accionada, se puso en conocimiento de la accionante quien solicitó fuera resuelta de fondo la petición que hace la

EPS y se cumpla con el incidente formulado ya que la entidad le sigue negando los medicamentos situación con la cual su salud se ha visto afectada y deteriorada.

4. Teniendo en cuenta lo anterior, el Juzgado mediante providencia del 16 de abril de 2021, abrió el incidente de desacato en contra de la Directora de Gestión del Riesgo y la Gerente de Salud y Representante Legal suplente de FAMISANAR E.P.S., señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ respectivamente, ordenándose su notificación personal, concediéndose el termino de tres (3) días, para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del C.G.P.

5.- El auto de apertura del incidente fue notificado enviándose el citatorio al correo electrónico de la entidad el 25 de junio de 2021 tal como se evidencia del documento 23 a 28, termino durante el cual la Gerente de la Regional Tolima Grande de la EPS reiteró lo que ya había señalado en contestación anterior, esto es, que los medicamentos solicitados están expresamente excluidos para ser financiados con la UPC y presupuesto máximo, pidiendo se hiciera la aclaración respecto a si estos medicamentos hacían parte de la orden del tratamiento integral (documento 30)

6.- Por auto del 23 de julio de 2021 se abrió a pruebas el incidente.

II. CONSIDERACIONES:

Una vez atribuida la competencia de la acción constitucional de tutela impetrada, y de conformidad con lo normado en el Decreto 2591 de 1991, que faculta al mismo juzgador para verificar el cumplimiento e iniciar trámite de desacato en caso de ser necesario, se plantea como problema jurídico si:

¿La Directora de Gestión del Riesgo y la Gerente de Salud y Representante Legal suplente de FAMISANAR E.P.S., deben ser sancionadas por desacato a orden judicial, emitida por este Juzgado durante la acción constitucional de tutela?

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

“ARTICULO 52.-Desacato. *La persona que incumpliera una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo”

La razón de ser del incidente de desacato, es la de evaluar la conducta asumida por el encargado de dar cumplimiento a la sentencia de tutela favorable a los intereses del accionante, para determinar si se ha cumplido a cabalidad con la orden, y se garantizó la cesación a la vulneración o amenaza del derecho protegido, en otras palabras si se efectivizó la decisión judicial.

Este inicio de un procedimiento sancionatorio, a voces de la Corte Constitucional tiene fundamento en lo siguiente:

*"Así las cosas, después de proferida la sentencia de tutela que ordena el amparo de los derechos fundamentales, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla de manera pronta y oportuna, ya que de no hacerlo incurriría en una grave violación a la Carta Política y demás instrumentos internacionales. "Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1o y 2o). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)."*¹

En este orden de ideas, además de ser un instrumento sancionador, se ha considerado que la doble connotación del incidente de desacato implica no solo verificar el acatamiento de la tutela, sino además es el medio coercitivo para velar por el derecho fundamental amparado, porque su fin último no es la sanción sino el cumplimiento del fallo, la efectivización de los postulados constitucionales.

Acto seguido, es deber del juez, guiado por la decisión particular, determinar si para el caso en concreto se cumplió lo ordenado, se dio cabal acatamiento a la sentencia de tutela, y cesó la vulneración al derecho fundamental:

"Ahora bien, el ámbito de acción del juez que conoce el incidente de Desacato no es ilimitado, en tanto está circunscrito a lo decidido en la sentencia, y en especial a la parte resolutive de la misma, la cual permite identificar los siguientes elementos; (i) a quién está dirigida la orden; (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; y (iii) cual es el alcance de la misma. Verificados los citados elementos, el juez

*del desacato podrá establecer si la orden judicial por él revisada fue o no cumplida por la autoridad y/o el particular, con lo cual puede adoptar la decisión de diferentes maneras. En primer lugar, dando por terminado el incidente por haber encontrado que el fallo cuyo incumplimiento se alega fue acatado en debida forma y de manera oportuna por el destinatario de la orden. En segundo término, de comprobar que subsiste el incumplimiento, debe continuar el trámite incidental, correspondiéndole "identificar las razones por las cuales se produjo, con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho, y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada. "*²

Así las cosas, este trámite no implica únicamente la revisión de los aspectos objetivos del cumplimiento, esto es, la verificación del destinatario de la orden, el vencimiento del plazo otorgado, el alcance de la orden, y el incumplimiento, sino además es su deber investigar las circunstancias propias, escuchar las razones del incumplimiento, evaluar la conducta asumida por el obligado, y solo mediante un estudio del comportamiento presuntamente trasgresor a la orden de tutela, puede adoptarse la decisión de fondo.

En efecto, debe mediar un procedimiento que salvaguarde el derecho de defensa y contradicción, que permita que el investigado pueda aportar y solicitar pruebas, presentar las justificaciones, e indicar las razones del presunto incumplimiento, para que el juez pueda sopesar lo ocurrido, evaluar la conducta asumida, determinar si es trasgresora de los derechos fundamentales invocados y se procede a emitir sanción, o se abstiene de hacerlo.

El análisis subjetivo de conducta, implica:

*"Al ser el desacato una manifestación del poder disciplinario del juez, la responsabilidad de quien en él incurra es subjetiva, lo que indica que no puede presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento sino que para que haya lugar a imponer la sanción se requiere comprobar la negligencia de la persona comprometida. Lo anterior es independiente de la sanción penal que por esa conducta le pueda ser atribuible al responsable y del delito de fraude a resolución judicial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991. Ahora bien, en lo referente al trámite del incidente de desacato, es decir el contemplado en el artículo 52 del Decreto 2591, la Corte Constitucional ha señalado que el texto transcrito dispone, toda la estructura procesal de la actuación que debe surtirse para la declaración de que una persona ha incurrido en desacato y la imposición de la correspondiente sanción, al determinarse el medio que debe utilizarse, esto es, el trámite de un incidente, el juez competente, y el mecanismo para revisar y controlarla decisión sancionatoria."*³

La evaluación de los elementos en mención determinará si hay lugar a la imposición de la sanción por desacato a orden judicial de conformidad con los parámetros que la jurisprudencia ha fijado:

"En conclusión, el juez que conoce del desacato debe verificar:

-Si efectivamente se incumplió la orden de tutela; si aquél fue total o parcial, identificando las razones por las cuales el obligado desconoció el referido fallo para establecer las medidas necesarias orientadas a proteger efectivamente el derecho.

-Si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada y - Finalmente, en caso de comprobarse responsabilidad en el incumplimiento, deberá imponer la sanción adecuada - proporcionada y razonable - a los hechos.

Adicionalmente, debe destacarse que cuando se evalúa si existió o no el desacato, el juez debe considerar las circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad jurídica o fáctica para cumplir, ello desde la perspectiva de la buena fe de la persona obligada. En este contexto, conviene recordar que la Corte ha señalado que no es posible imponer una sanción por desacato si la orden de tutela no es precisa, bien porque no se determinó quién debe cumplirla o su contenido es difuso o si el obligado trató de cumplirla pero no se le dio oportunidad de hacerlo."⁴

Caso concreto:

La incidentante señala que Famisanar no ha dado cumplimiento al fallo de tutela porque después de 15 años de estar suministrando todos los medicamentos que ha requerido para tratar su enfermedad y que han sido ordenados por los dermatólogos tratantes, ahora se ha negado a autorizar y entregar los medicamentos UNGÜENTO EMOLIENTE (HYDROCLOR), ERYFOTONA AK-NMSC CREMA ENVACE 50 ML y BARRA LABIAL DERMOPROTECTORA CON FILTRO SUNSTOP 4.5 GR., siendo esas las razones para acudir a este mecanismo, pues con tal omisión su salud se ha visto afectada.

Prosiguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, es pertinente indicar que existe claridad frente a la entidad sobre la cual se impartió la orden, en este caso a FAMISANAR E.P.S. a través del representante legal o quien haga sus veces.

La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional señora ELIZABETH FUENTES PEDRAZA delegada por la Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de los fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S., Dra. HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ , señalaron que la entidad ha autorizado todos los servicios que la usuaria ha requerido, en relación a los servicios que son objeto del incidente como es el UNGÜENTO EMOLIENTE (HYDROCLOR) , ERYFOTONA AK-NMSC CREMA

ENVACE 50 ML Y BARRA LABIAL DERMOPROTECTORA CON FILTRO SUNSTOP 4.5 GR., son servicios EXPRESAMENTE EXCLUIDOS para ser financiados con los recursos públicos asignados a la salud (UPC) y PRESUPUESTO MAXIMO (Resolución 205 de 2020) y al no ser esos servicios propios del ámbito de la salud, la entidad se encuentra imposibilitada a su cumplimiento, pues legalmente la Entidad no puede destinar recursos del Sistema General de Seguridad Social a la prestación de servicios que no son propios del ámbito de la salud.

Señala que si el Despacho decide que éstos sean extensibles con base en el fallo de tutela que ordena el tratamiento integral, solicita que en el incidente se detallen cada uno de los servicios de los cuales el Juez Constitucional ordena el cumplimiento con base en el fallo de tutela.

Manifiestar que FAMISANAR EPS, es consciente de la importancia de la oportunidad con que debe responderse a los despachos judiciales, en esa medida viene adelantando todas las acciones que conlleven al cabal cumplimiento del pronunciamiento dado por el juez constitucional.

Pone de presente que el contenido de la orden impartida en el fallo de tutela es el elemento determinante de la responsabilidad subjetiva en el desacato, y es necesario que se acredite plenamente la concurrencia de un elemento subjetivo, esto es, que se refleje el querer desobedecer el mandato tutelar de manera caprichosa e injustificada; significando con ello, que debe mediar negligencia comprobada de la persona para el no cumplimiento del fallo de tutela.

Es por lo anterior que solicita se aclare si los servicios que reclama la accionante objeto del incidente de desacato y teniendo en cuenta que están expresamente excluidos para ser financiados con recursos públicos y el presupuesto máximo, hacen parte del tratamiento integral ordenado en favor de la paciente.

Bajo esa perspectiva y teniendo en cuenta lo arguido por las incidentadas, se pone en evidencia que con su actuar y más aun con las razones en que se escudan para negarse a autorizar los medicamentos ordenados a la accionante son una clara demostración que han incurrido en un incumplimiento a lo ordenado en el fallo, pues tal como en la misma providencia se indicó, la prestación de los servicios que la entidad le debe y tiene que prestar a la señora Ana Dolores Vargas para tratar sus enfermedades es **INTEGRAL**, no siendo de recibo alguno y de hecho fuera de contexto la solicitud de aclaración al fallo que se pide, pues aceptar esa tesis o postura acomodada de la EPS, conllevaría a que el juez constitucional en sus decisiones se viera obligado a relacionar un sin números de servicios que el paciente a futuro llegare o no a requerir, obligación que como es bien

sabido no recae en sus hombros teniendo en cuenta que quienes saben cuáles son las necesidades de los pacientes son los médicos tratantes.

Es por ello que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dispuesto que el **tratamiento integral** tiene por objeto que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud autoricen la práctica y entrega de medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes y controles, que sean considerados necesarios por el médico para tratar la patología del paciente, sin que les sea posible fraccionarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. (T-190)

Es por lo anterior, que en este caso se puede concluir un incumplimiento de orden subjetivo pues no se encuentran razones de orden objetivo que demuestren la imposibilidad material de satisfacer el derecho fundamental a la salud de la señora ANA DOLORES VARGAS y por el contrario, lo único que se concluye es la responsabilidad subjetiva por el incumplimiento del fallo de tutela y la negligencia por parte de la accionada en acatar las órdenes.

De hecho no hay forma de inferir que existen o existieron acontecimientos que impidieron a las señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S. respectivamente, cumplir o hacer cumplir el fallo de tutela, con lo que queda establecido que son responsables subjetivamente por el desacato a la orden impartida por este Juzgado.

En ese orden y al quedar debidamente comprobada, la negligencia de las incidentadas frente al cumplimiento de la orden dada, esto es “...prestarle la atención medica integral ... para atender las patologías de CARCINOMA BASOCELULAR CON COMPROMISO DE LA DERMIS RETICULAR (TUMOR MALIGNO DE LA PIEL) y el de REGENEAZ MACULAR OD MEMBRANA NEOVASCULAR SUBRETINA ACTIVA,” se puede observar del expediente que aun a la fecha existen ordenes pendientes de autorizar y materializar que revelan el incumplimiento del fallo de tutela objeto de desacato.

No tienen en cuenta las incidentadas que la falta de autorización y materialización de las prescripciones médicas significa una interrupción en el procesos que lleva la accionante, afectando el avance que lleva hasta el momento; así mismo, se resalta que la paciente tiene 82 años de edad y por lo tanto es acreedora de una especial protección constitucional por encontrarse en un grupo vulnerable, y con ese actuar se está desacatando la orden dada por este despacho.

En este punto cabe recordar a la Entidad Prestadora del Servicio accionada, que el derecho fundamental a la salud, solo se entiende satisfecho, cuando se materializa la prestación del servicio requerido y que no basta la simple expedición de la autorización y en consecuencia, corresponde a la EPS, DENTRO DE SUS FUNCIONES de aseguramiento, realizar las gestiones ante sus IPSs contratadas para lograr una atención oportuna de sus afiliados. Encontrado el incumplimiento de orden objetivo y subjetivo, a lo ordenado en fallo de tutela.

Es por lo anterior, que el despacho considera procedente sancionar a las señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S. respectivamente, con arresto de tres (3) días y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales cada una, que deberán consignar de su propio peculio dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión en el Banco Agrario de Colombia, cuenta número 30070-000030-4 - concepto multas y cauciones efectivas- a favor del Consejo Seccional de la Judicatura. De no cancelarse oportunamente la multa impuesta, se procederá a su cobro coactivo por el ente competente.

Ha de ponerse de presente a las incidentadas, que la sanción impuesta no las exime del cumplimiento **INMEDIATO** al fallo de tutela esto es “...le preste la atención medica integral que necesite, valga decir, consultas, servicios médicos, quirúrgicos, exámenes de diagnósticos (sin excepción) ..., y los que determine el médico tratante según su leal saber y entender que sean necesarios para que le sea tratada en su integridad la enfermedad de **CARCINOMA BASOCELULAR CON COMPROMISO DE LA DERMIS RETICULAR (TUMOR MALIGNO DE LA PIEL)** y el de **REGENEAZ MACULAR OD MEMBRANA NEOVASCULAR SUBRETINA ACTIVA**, aun cuando estén fuera del POS ...”, especialmente lo referente a autorizar y materializar la entrega de los medicamentos UNGÜENTO EMOLIENTE (HYDROCLOR) , ERYFOTONA AK-NMSC CREMA ENVACE 50 ML Y BARRA LABIAL DERMOPROTECTORA CON FILTRO SUNSTOP 4.5 GR., ordenados por el médico tratante, sin perjuicio que de persistir el incumplimiento se le impongan nuevamente sanciones.

Tal como lo consagra el artículo 52 inciso segundo de la normatividad antes indicada, esta decisión se someterá a consulta ante el Superior Jerárquico.

DECISION:

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá, D.C.,

3.- RESUELVE

1.- DECLARAR que las señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S. respectivamente, incumplieron la orden de tutela emitida por este despacho el 3 de octubre de 2005.

2.- ORDENAR a las señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S. respectivamente, procedan a dar CUMPLIMIENTO INMEDIATO, a la orden proferida en sentencia de tutela del 3 de octubre de 2005 en los términos allí establecidos, especialmente lo referente a autorizar y materializar la entrega de los medicamentos UNGÜENTO EMOLIENTE (HYDROCLOR) , ERYFOTONA AK-NMSC CREMA ENVACE 50 ML Y BARRA LABIAL DERMOPROTECTORA CON FILTRO SUNSTOP 4.5 GR., ordenados por el médico tratante, sin perjuicio que de persistir el incumplimiento se le impongan nuevamente sanciones.

3.- SANCIONAR a las señoras ELIZABETH FUENTES PEDRAZA y HELENA PATRICIA AGUIRRE HERNANDEZ en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y Gerente de Salud y Representante Legal suplente para el cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR E.P.S. respectivamente, con arresto de tres (3) días y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales cada una, que deberán consignar de su propio peculio dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión en el Banco Agrario de Colombia, cuenta número 30070-000030-4 - concepto multas y cauciones efectivas- a favor del Consejo Seccional de la Judicatura. De no cancelarse oportunamente la multa impuesta, se procederá a su cobro coactivo por el ente competente.

4.- La sanción de arresto será cumplida en las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, sede Bogotá D.C., garantizando los derechos fundamentales del funcionario que no podrán resultar afectados con la medida de arresto. Oficiese.

5.- NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, por el medio más expedito.

6.- CONSULTAR la presente decisión con el superior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE,

JESSICA LILIANA SAEZ RUIZ

Juez

JUZGADO 15 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA

NOTIFICACION POR ESTADO: La providencia anterior es notificada por anotación en **ESTADO** No. _116_ Hoy _30 de agosto de 2021_

La Secretaria,

FLOR ALBA ROMERO CAMARGO

Firmado Por:

Jessica Liliana Saez Ruiz

Juez Municipal

Civil 015

Juzgado Municipal

Bogotá D.C., - 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: **f85a1fb5cbd80d88c64dcb1ffc169f65020678a46eee82fa9f3af1eaf740a1d4**

Documento generado en 27/08/2021 03:40:47 PM

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