



**JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE
MEDELLÍN, SEPTIEMBRE PRIMERO DE DOS MIL
VEINTITRÉS. -**

La señora **LINA YANETH GIRALDO ZULUAGA**, actuando en causa propia, dedujo solicitud de incidente radicada en el Despacho el 29 de agosto de 2023, por presunto desacato a orden de tutela, frente a la **EPS SURAMERICANA S.A. -EPS SURA**, manifestando que de acuerdo con el fallo emitido por esta judicatura en el incidente de desacato anteriormente promovido, la EPS SURA, ha cumplido con la orden impartida en la sentencia que se ordena que, *“dentro del término perentorio de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, le programe dos (2) consultas prioritarias a la señora con médicos especialistas en su diagnóstico ALTERACIONES DE LA SECRECIÓN SALIVAL- ALTERACION MUCOSA ORAL (XEROSTOMIA). Dichos profesionales de manera independiente, deberán determinar la pertinencia del medicamento denominado CLORURO DE POTASIO, CLORURO DE MAGNESIO y CLORURO DE CALCIO-SALIVAR, solicitado en la presente acción de tutela”*.

Expresa la actora que ambos criterios médicos, determinaron la pertinencia del medicamento denominado CLORURO DE POTASIO, CLORURO DE MAGNESIO Y CLORURO DE CLACIO – SALIVAR, para ella, pero, en ningún renglón de lo ordenado en la sentencia, solicita, que los especialistas deben ordenar o prescribir el medicamento, solo que se determine la pertinencia del mismo, y, que solo podrá ser negado si se evidencia que, para las circunstancias actuales de su salud, el tratamiento pretendido resulte innecesario, por lo que solicita al juez, que de conformidad a los dos criterios médicos de los especialistas la Doctora ANA MARIA DUQUE ROJAS, especialista en otorrinolaringología, quien la atendió el 31 de julio pasado, y le indica en la historia clínica *“Continuar con el manejo del medicamento SALIVAR, indica “La profesional que se da orden en documento de recomendaciones para continuar con tramite, pues no se encuentra incluido en vademecum institucional”, y la Doctora KELLY PAMELA MORALES CASTAÑEDA, especialista en otorrinolaringología, quien conoce de su diagnóstico hace un tiempo, e indica que “actualmente no se encuentra para entrega por eps. Se dan recomendaciones, e indica tratamiento para resequedad y rinitis control, si lo amerita.”*, autorice a la EPS SURA le haga entrega del medicamento SALIVAR como así lo indican los dos especialistas en otorrinolaringología en sus recomendaciones, porque de lo contrario no se estaría procediendo en los términos indicados en la sentencia proferida por este Despacho, numeral segundo, que indica claramente que solo

podrá ser negado si se evidencia que, para las circunstancias actuales de su salud, el tratamiento pretendido resulte innecesario.

ARGUMENTACIONES. -

Es sin duda obligación del Juez Constitucional hacer cumplir las sentencias de tutela; la Corte Constitucional, ha sostenido que el amparado por tutela puede solicitar el cumplimiento de la sentencia o proponer incidente de desacato, y que por tanto “*el trámite del cumplimiento [del fallo] no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato*”.

También ha precisado la Jurisprudencia Constitucional que por regla general, el Juez de primera instancia “*que haya conocido el trámite de tutela, es en todo caso el competente para conocer del trámite incidental por desacato. Esta interpretación tiene fundamento en los siguientes aspectos: (i) Obedece a una interpretación sistemática del decreto 2591 de 1991, (ii) genera claridad en términos de seguridad jurídica, al desarrollar el principio de igualdad en los procedimientos judiciales, (iii) está en armonía con el principio de inmediación del trámite de tutela y, (iv) protege la eficacia de la garantía procesal en que consiste el grado jurisdiccional de consulta*”.

Bien: el amparo constitucional que este despacho ordenó en favor de la señora LINA YANETH GIRALDO ZULUAGA, en la sentencia proferida el 3 de febrero de 2023, es del siguiente tenor: “**1.-TUTELAR** a la señora **LINA YANETH GIRALDO ZULUAGA**, titular de la cédula de ciudadanía No. 43.579.012, los derechos constitucionales fundamentales de la **VIDA DIGNA**, la **SALUD** en la faceta del **DIAGNÓSTICO** y la **SEGURIDAD SOCIAL**, frente a la accionada **EPS SURAMERICANA S.A. - EPS SURA**.
2.-ORDENAR en consecuencia, a la accionada **EPS SURAMERICANA S.A. - EPS SURA**, como lo norman los Arts. 27 y 29, nl 5 del Decreto 2591 de 1991, Decreto 1069 de 2015, que, dentro del término perentorio de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, le programe dos (2) consultas prioritarias a la señora con médicos especialistas en su diagnóstico **ALTERACIONES DE LA SECRECIÓN SALIVAL- ALTERACION MUCOSA ORAL (XEROSTOMIA)**. Dichos profesionales de manera independiente, deberán determinar la pertinencia del medicamento denominado **CLORURO DE POTASIO**, **CLORURO DE MAGNESIO** y **CLORURO DE CALCIO-SALIVAR**, solicitado en la presente acción de tutela. Esta medicación sólo podrá ser negada si se evidencia que, para las circunstancias actuales de salud de la actora, el tratamiento pretendido por ella resulta abiertamente innecesario para mantener o mejorar su condición de salud.”. Aludido fallo de tutela que no fue impugnado.

Vemos que la solicitud de la señora LINA YANETH GIRALDO ZULUAGA, está encaminada a que se ordene a la accionada autorizar y

hacerle entrega del medicamento CLORURO DE POTASIO, CLORURO DE MAGNESIO Y CLORURO DE CALCIO-SALIVAR, toda vez que de las dos consultas con especialistas en otorrinolaringología en sus recomendaciones, consideraron que el tratamiento con el medicamento SALIVAR, para lo que la aqueja es el adecuado, no obstante, ninguna de las dos profesionales de la salud prescribieron el medicamento una bajo el argumento que no se encuentra en el vademécum de la EPS y la otra porque el mismo no tiene registro INVIMA, por lo que le brindaron otra opción para continuar el tratamiento aunque el medicamento SALIVAR es el que mejor resultados brinda a la paciente. La accionante con la proposición del incidente por presunto desacato persigue que se vele por el estricto cumplimiento de la orden de tutela impartida en la sentencia proferida aquí en primera instancia, la que no fue impugnada, pronunciamiento éste que se encuentra en revisión por la Corte Constitucional, por tanto, no se encuentra en firme.

Antes de abrir un incidente de desacato, el Juez tiene el deber de evaluar la realidad del incumplimiento. Si bien le asiste razón a la accionante en cuanto que la orden del fallo de tutela no dispone que los galenos expidan la receta del medicamento, dicha situación no lleva a concluir que sea esta una omisión en el fallo, porque es el profesional de la salud a quien corresponde actuar acorde con el criterio médico quien lo determina y esta situación no puede suplirla el juez constitucional porque es el criterio científico y de las circunstancias propias del paciente que hace que el especialista determine una cierta medicación o la posibilidad de otra, y a él le corresponde emitir la orden para que la EPS se encuentre en la obligación de cubrir esa orden porque ésta es imperativa tanto para la EPS como para el Juez, porque de ser ordenado un servicio médico de tal condición como son los medicamentos, desbordaría los límites de su competencia que se circunscribe al restablecimiento de los derechos fundamentales constitucionales vulnerados o amenazados, y esa fue la razón por la cual el fallo de tutela que ahora es objeto de desacato no dispuso que la EPS hiciera entrega del medicamento reclamado, porque se estaría en la misma situación, invadiendo la espera del profesional de la salud cuyo criterio científico y ético es el que aplica para determinar los servicios que requiere el paciente, por tanto, lo que propone esta vez la accionante es diferente y excluye el cumplimiento del referido fallos de tutela que se encuentra en proceso de revisión ante la Corte Constitucional; en tanto que existen unos hechos nuevos, pues no se trata de la negación de una orden médica expedida por los especialistas que la atendieron en cumplimiento de la orden del fallo de tutela, sino de los motivos por los cuales estos especialistas si bien consideraron este medicamento le ofrece mejores resultados, no puede ser prescrito por las razones aducidas y ello no autoriza al juez para que por medio de una disposición reemplace la orden médica, que es el profesional que la debe

expedir y no el juez de tutela; lo que motiva el inicio de la presente actuación incidental, que fue lo que originó la proposición de la acción de tutela, no puede ser atendido con el mero concepto médico en lo consignado en la historia clínica y recomendaciones médicas porque lo que es irremplazable es la orden o receta que emita el médico para que se configure ahora incumplimiento al fallo de tutela, una negativa de la EPS existiendo de por medio la orden o receta médica proveniente del profesional de la salud que atiende o trata a la paciente por remisión de la EPS, que se itera no puede ser reemplazada por la orden de un Juez Constitucional.

Ahora, si la inconformidad que plantea la accionante frente al fallo de tutela en el sentido de no haber dispuesto que los especialistas debían ordenar o prescribir el medicamento, le manifiesta el Despacho que su reparo debió haber sido propuesto una vez le fue notificada la sentencia proferida, esto es, durante el término concedido expresamente para impugnar la decisión del juez, lo cual no hizo en su oportunidad, oportunidad y que no puede pretender, que se reabra con el trámite del incidente de desacato.

Bien: la jurisprudencia ha pregonado que *“En cuanto al ámbito de acción del juez que conoce del incidente de desacato, este debe partir de lo decidido en la sentencia, y en especial, de la parte resolutive del fallo cuyo incumplimiento se alega, a fin de determinar de manera prioritaria los siguientes elementos:*

- (i) a quién estaba dirigida la orden;*
- (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla;*
- (iii) y cuál es el alcance de la misma.*

“(....) Tras verificarse estos elementos, el juez del desacato podrá entrar a determinar si en efecto la orden judicial por él revisada fue o no cumplida por el destinatario de la misma (conducta esperada)...”(Sentencia T-527 de 2012).

En la sentencia que ahora es objeto de desacato, por parte alguna se dispuso que se expidiera orden del medicamento, porque el referido fallo amparó los derechos constitucionales fundamentales de la vida digna, la salud **en la faceta del diagnóstico** y la seguridad social a favor de la actora, precisamente porque no le está permitido al juez constitucional ir más allá de su esfera ni de permear la del profesional de la salud que es quien bajo su criterio profesional determinará el tratamiento y lo materializa a través de las órdenes que dirige a la EPS para que haga lo que a ella le corresponde, autorizar y suministrar el servicio; ninguna medida del amparo dispuso a cargo de los galenos tratantes de la EPS SURA expedir definitivamente la orden médica, pues conforme al amparo concedido era necesario que fueran estos médicos tratantes quienes determinaran el tratamiento que debía seguir, no otro u otro diferente el cual no le corresponde al juez ordenar, no lo que la parte incidentista refiere.

En consecuencia, no se puede afirmar que el trámite a seguir en el presente caso sea formular un incidente de desacato, en los términos previstos en los Arts. 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, pues como quedó establecido, han surgido sin duda unos hechos nuevos y posteriores derivados del cumplimiento de la sentencia que amparó los derechos fundamentales de la tutelante, y en lo particular una nueva pretensión, que daría lugar a acudir a un nuevo trámite diferente al incidente de desacato.

Es claro advertir, que siendo el desacato el trámite que a solicitud de parte interesada inicia el Juez competente en ejercicio del poder disciplinario, como lo ha señalado la Corte Constitucional, la responsabilidad de quien incurra en aquél es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona a quien se impartió la orden para el incumplimiento del fallo, lo que en este caso no se evidencia; siendo del caso advertir que el punto tocante a ordenar a los galenos tratantes emitir la formulación o prescripción del medicamento que ahora interesa a la señora LINA YANETH GIRALDO ZULUAGA, fue un asunto que se debatió en la acción de tutela referida, y fue por ello que se dispuso la valoración médica para que fueran los médicos tratantes, los que identificaran, valoraran y conforme a ello ordenaran el medicamento si así lo consideraban lo que no ocurrió en este caso, porque si bien avalaron el medicamento, decidieron que no era posible su orden por las razones ya expuestas, luego no es posible que los efectos del amparo se hagan extensivos a una situación que no fue considerada, y menos para derivar un presunto incumplimiento.

Por lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, se **ABSTIENE DE ABRIR EL INCIDENTE** de desacato propuesto por la señora **LINA YANETH GIRALDO ZULLUAGA**.

NOTIFÍQUESE.

LA JUEZA,



SONIA PATRICIA MEJÍA.