



Soledad, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitres (2023)

Asunto: INCIDENTE DE DESACATO EN CONSULTA
Radicación: 08433408900120230000501
Accionante: LUZ DARY ROMERO DE AVILA en representación de CLARIVEL ROMERO DE AVILA
Accionada: COOSALUD EPS

I. OBJETO DE DECISION

Conoce el despacho en el grado jurisdiccional de consulta, la decisión proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo- Atlántico, contenida en decisión del 19 de julio de 2023, que decidió el incidente de desacato propuesto por la señora LUZ DARY ROMERO DE AVILA en representación de CLARIVEL ROMERO DE AVILA en contra de COOSALUD EPS y MUTUAL SER EPS.

II. ANTECEDENTES

La señora LUZ DARY ROMERO DE ÁVILA, en representación de CLARIVEL ROMERO DE AVILA radicó el 16 de mayo de 2023, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Palmar de Varela (Atlántico), solicitud consistente en que se declarara en desacato a COOSALUD EPS, al no dar cumplimiento al fallo de tutela en primera instancia de fecha Dos (02) de Febrero de dos mil veintitrés (2023) y confirmado en Segunda Instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad en fecha Diez (10) de Marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el trámite correspondiente, en providencia del 19 de julio de 2023, se resolvió declarar en desacato al ciudadano MAURICIO MARULANDA RENGIFO, en su calidad de Gerente de la Regional Caribe Norte de COOSALUD EPS S.A, por incumplimiento al fallo de tutela de fecha 2 de febrero de 2023, confirmado en Segunda Instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad en fecha 10 marzo de 2023, imponiendo sanción consistente una Multa de Cinco (5) Salarios Mínimos Legales Vigentes.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

El Decreto 2591 de 1991 consagra en el Capítulo 52 y 53, las sanciones que debe imponer el juez para hacer cumplir un fallo de tutela, previo el adelantamiento del incidente respectivo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, una vez proferido el fallo que concede la tutela, corresponde a la autoridad responsable del agravio cumplirlo sin demora, so pena de incurrir en desacato que lo castiga con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, por el juez que impartió la orden previa consulta con el superior, según el artículo 52 del Decreto citado.

Este Juzgado es competente para conocer, en grado de consulta, sobre la sanción impuesta por ser el superior funcional del despacho que la profirió.

3.2. Del Desacato. Generalidades

Tiene establecida de manera pacífica la jurisprudencia que en virtud de lo normado por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, una vez proferido el fallo de tutela, corresponde a la autoridad responsable del agravio hacerlo cumplir sin demora, pudiendo el Juez sancionar por desacato al responsable y al superior, hasta que se cumpla la sentencia, sanción que, según el artículo 52 del mencionado Decreto, corresponde a máximo seis (6) meses de arresto y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales.

Sobre el desacato La H. Corte Constitucional, ha indicado:

“no es otra cosa que el incumplimiento de una orden impartida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión de trámite de una acción de tutela” y que dicha figura jurídica se traduce en una *“medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidos para proteger de manera efectiva derechos fundamentales”*

Es claro igualmente, que en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para que sea procedente la sanción por desacato a una orden judicial proferida en virtud del trámite de tutela, es importante destacar que se debe analizar la concurrencia de dos elementos: el **objetivo**, referente al incumplimiento del fallo, y el **subjetivo**, relacionado con la persona responsable de dar cumplimiento al fallo.

El elemento objetivo, corresponde al incumplimiento del fallo en sí, es decir que se debe hacer un análisis de los elementos probatorios obrantes en el expediente para determinar que la orden ha sido inobservada, ya sea por su desconocimiento total que conlleve a la falta de pronunciamiento por parte de la entidad encargada de proferir la orden, o por su desconocimiento parcial, cuando la entidad se pronuncia pero desconoce las instrucciones impartidas por el juez de tutela.

Por su parte, por establecido tiene la doctrina constitucional, que el elemento subjetivo hace referencia a la actitud negligente u omisiva del funcionario encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela. Es un elemento que se verifica con la identificación clara y precisa del sujeto pasivo de la orden, una vez identificado, se debe analizar cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligente con el fin de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela o si por el contrario negligentemente fue omisivo, descuidado o indiferente.

Una vez analizados los elementos para que proceda la sanción por desacato, el Juez competente debe tasar dicha sanción atendiendo al juicio de razonabilidad realizado al respecto y aplicando las reglas de la experiencia, para que la sanción a imponer no resulte desproporcional a la actitud del funcionario incumplido.

La sanción por desacato, no se aparta de los principios del derecho sancionador, razón por la cual la imposición del arresto y la multa al funcionario incumplido debe hacerse respetando el debido proceso, es decir realizando todas las etapas del trámite incidental, con el fin de allegar las pruebas del cumplimiento o incumplimiento del fallo, y el derecho de defensa del funcionario que ha de ser sancionado, es decir que se deben realizar los requerimientos a la autoridad competente para que demuestre su observancia al fallo de tutela.

3.3 Debido Proceso y Derecho de Defensa.

Dado que la sanción por desacato se impone al servidor y no a la entidad, que de manera negligente e injustificada incumpla la orden judicial de amparo, dicho funcionario debe ser vinculado en debida forma al trámite incidental, garantizando el derecho al debido proceso y a la defensa, para ello, el juez de primera instancia que conozca de éste debe actuar de la siguiente manera: *“1) identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas, es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas; 2) luego de identificados, notificarles en forma personal la apertura del incidente y, sólo en caso de que ésta sea materialmente imposible, notificar por cualquier medio siempre que quede plena certeza de que el servidor público o particular incumplido conoció de la actuación; 3) darle traslado al incidentado para que rinda sus argumentos de defensa; 4) si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión; 5) resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada, en caso afirmativo, imponer sanción; 6) siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”¹*

De manera entonces que el Juez deberá garantizar los derechos de defensa y debido proceso del incidentado, para ello deberá observar que se cumplan con los términos y trámites establecidos para el mismo.

Al respecto la notificación del servidor público o particular encargado de ejecutar la orden de tutela, es una exigencia que permite garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona en quien recaerá la sanción, luego entonces dicha notificación debe surtirse a dicha persona y no a la entidad pública o privada, garantizando de esta manera la intervención del funcionario o particular a quien se le endilga responsabilidad por el desacato de la orden judicial y asegurando así su derecho de contradicción.

En este sentido, cuando el auto que ordena la apertura del trámite incidental, los autos que se dictan dentro del mismo, así como el que resuelve el incidente, no se notifica en forma personal al incidentado o por un medio de comunicación expedito como el correo certificado o el correo electrónico, que permita allegar la constancia de envío y recibido, o se le comunica o notifica a la entidad y no se garantiza, a su vez, que esa notificación sea el funcionario renuente, se configura una clara violación de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

3.4 Diferencias Entre el Incumplimiento del Fallo de Tutela y el Desacato.

Tanto el incumplimiento del fallo como el desacato tocan el tema de la responsabilidad jurídica, pero mientras que el simple incumplimiento de la sentencia se refiere a una responsabilidad de “tipo objetivo”, el desacato **implica la comprobación de una “responsabilidad subjetiva”**. Esta precisión genera diferencias importantes en cuanto a las decisiones que puede tomar el juez de tutela y especialmente sobre las reglas y garantías que se deben respetar en el trámite previo a la adopción de decisiones, pues, si bien el incumplimiento del fallo de tutela lleva consigo el desacato, tanto el trámite de cumplimiento de la orden como el trámite de desacato se rigen por postulados diferentes.

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Radicación: 25000-23-25-000-2008-00619-02, Actor: Omar Giraldo Loaiza y otros, Demandado: Presidencia de la República, Acción Social, Ministerio de Hacienda, Ministerio de la Protección Social, Fonvivienda y otros.

Así, para la constatación del incumplimiento de una sentencia de tutela basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado. No interesa averiguar el grado de culpa o negligencia de la autoridad encargada de darle cumplimiento, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que la orden sea finalmente cumplida.

En cambio, el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios por cuya culpa se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. Ahí sí juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio, verbi gratia, los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc.

En ambos casos, de todas maneras, es imperativo el respeto del debido proceso y del derecho de defensa, pero también es evidente que cobra mayor importancia cuando se trata de incidente de desacato, pues dicho trámite implica el ejercicio de potestad sancionatoria.

Para la constatación del incumplimiento de una sentencia de tutela basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado. No interesa averiguar el grado de culpa o negligencia de la autoridad encargada de darle cumplimiento, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que la orden sea finalmente cumplida.

En cambio, el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios por cuya culpa se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. Ahí sí juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio, verbi gratia, los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc.

En ambos casos, de todas maneras, es imperativo el respeto del debido proceso y del derecho de defensa, pero también es evidente que cobra mayor importancia cuando se trata de incidente de desacato, pues dicho trámite implica el ejercicio de potestad sancionatoria.

Pues bien, de cara al presente incidente, se tiene conforme con el expediente que se trata de hacer cumplir un fallo en el que se amparó el derecho a la salud, frente a lo cual se afirmó que no se acató la orden que pretendía su restablecimiento.

El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-124/16, de la Honorable Corte Constitucional.

“4.1. El principio de continuidad, según el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993^[20], consiste en que “[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Dicho principio, hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud quienes deben facilitar su acceso con los servicios de promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991^[21].

4.2. Al respecto, la Corte ha venido reiterando^[22] los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

4.3. Igualmente, la Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 que dispone: “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado^[23] bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad^[24].

4.4. Conforme a lo antedicho, la Corte ha identificado una serie eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son: “i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”^[25].

4.5. Adicionalmente, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”^[26].

4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos.”

4. Caso concreto

Se procederá a la verificación para el caso concreto de los elementos objetivo y subjetivo necesarios para la declaratoria de desacato como sigue:

a. Aspecto Objetivo

Siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia constitucional, el primer aspecto que es necesario verificar para imponer una sanción por desacato consiste en comprobar el incumplimiento de la sentencia de tutela, lo cual reviste un carácter objetivo, que implica que el Juez debe verificar a partir de la parte resolutoria de la sentencia, los siguientes factores: **(i)** quien es la persona que resultó obligada con la orden proferida; **(ii)** el termino para ejecutarla y **(iii)** el alcance de la orden. La verificación de estos elementos permite saber si el obligado cumplió oportuna y completamente la orden proferida.² En el presente caso se tiene lo siguiente:

² Sentencias T-553-02 y T-368-05.

- En lo que concierne a la identificación o individualización del funcionario competente para el cumplimiento de la orden, obra en el expediente (fol. 17 del cuaderno de tutela), escrito de contestación al auto de fecha: 17 de mayo de 2023 (Fol.15 Cuaderno Tutela), expedido en fecha 23 de mayo de 2023, donde se observa en la página 3 de este, que figura como funcionario encargado para el cumplimiento del fallo judicial de tutela dictado en contra de COOSALUD EPS S.A., el señor MAURICIO MARULANDA RENGIFO, mayor de edad, vecino y residenciado en esta ciudad, identificado con la C.C. 80.423.094 expedida en Bogotá D.C., actuando en calidad de GERENTE DE LA REGIONAL CARIBE.

El alcance de la orden impartida en la sentencia de tutela de 2 de febrero de 2023, confirmada a su vez en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad mediante providencia de fecha 10 marzo de 2023, está delimitado en forma clara: Se concedió el amparo al derecho fundamental de la actora, y para su protección se ordenó a la entidad accionada COOSALUD EPS *“...a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a la entrega de la silla de ruedas según las indicaciones y especificaciones de su médico tratante.”*

El término de cumplimiento también era preciso: cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la providencia.

A partir de lo anterior y una vez revisada la foliatura, se encuentra que COOSALUD EPS, en principio interpuso impugnación respecto del fallo de tutela emitido en fecha: 2 de febrero de 2023, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo Atlántico, fallo mismo que fue confirmado en segunda instancia por este Despacho, mediante providencia de fecha: 10 marzo de 2023.

Posteriormente, en la contestación allegada, en atención al auto de requerimiento, previo a la apertura del incidente de descato, el accionado indicó que sobre el cumplimiento de tutela, una vez recibido el fallo, se procedió con el procedimiento respectivo para su cumplimiento, prosiguiendo con el proceso de toma de medidas y elaboración de la silla de ruedas, procedimiento que indica, puede tomar alrededor de 50 días; sin embargo, alega que la usuaria se trasladó de EAPB desde el día 1 de marzo de 2023 a MUTUAL SER EPS, por lo cual dejó de ser afiliada a COOSALUD EPS, estando inconcluso el trámite de la silla de ruedas que fue ordenada en el fallo judicial para el cual se habían adelantado las etapas correspondientes.

Indicó que por lo anterior se encuentran imposibilitados de continuar con la prestación de los servicios y tecnologías en favor para la usuaria, toda vez que esta ha perdido la calidad de afiliada de esta EAPB, ocasionándose una ruptura del vínculo obligacional de COOSALUD EPS con la usuaria, correspondiendo ahora la satisfacción de sus requerimientos y derechos en salud a la entidad a la cual se encuentra actualmente afiliada.

Así las cosas, y revisada la foliatura, hasta la fecha el funcionario obligado no ha remitido a la actuación prueba del acatamiento completo del fallo de tutela en los términos en que el mismo fue dictado, con lo cual se verifica el aspecto objetivo del incumplimiento.

B. Aspecto Subjetivo

Como antes fue anotado y lo ha indicado la Corte Constitucional, del solo incumplimiento no se puede derivar *per se* la responsabilidad de la autoridad tutelada:

“...un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo, la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir, que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento...”³.

Puntualmente en relación con la necesidad de que se encuentre verificada la existencia de responsabilidad subjetiva indicó la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2009 requiere:

“a.- La demostración de la responsabilidad subjetiva como uno de los elementos esenciales para que el juez en virtud de su facultad disciplinaria pueda imponer la sanción por desacato.

De acuerdo con las consideraciones que han sido expuestas hasta ahora, se encuentra que constituye un deber ineludible del juez constitucional verificar si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden proferida por la sentencia de tutela, con lo cual, una vez precisada la anterior situación tiene la obligación de indagar cuáles fueron las razones por las que el accionado no cumplió con la decisión tomada dentro del proceso; lo anterior a fin de establecer cuáles son las medidas necesarias para proteger efectivamente los derechos fundamentales invocados.

Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respetivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos .

De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo.”

El Juez de tutela de primera instancia resolvió en la sentencia de fecha 2 de febrero de 2023:

“1. Conceder la Acción de Tutela invocada, impetrado por LUZ DARY ROMERO DE AVILA en representación de CLARIVEL ROMERO DE AVILA, en contra COOSALUD EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la SALUD, y SEGURIDAD SOCIAL. 2. En consecuencia, Ordenar a COOSALUD EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a la entrega de la silla de ruedas según las indicaciones y especificaciones de su médico tratante. 3. Ordenar, a COOSALUD EPS, el suministro de trasportes para la señora CLARIVEL ROMERO DE AVILA y su acompañante, ida y vuelta desde su lugar de residencia hasta la IPS donde será atendida cuando le sean asignadas citas médicas en un prestador fuera de su lugar de residencia. 4. Declarar que le asiste derecho a COOSALUD EPS al recobro del 100% de los procesos autorizados, con cargo al ente ADRESS.”

En segunda instancia, en sentencia del 10 de Marzo de 2023, se confirmó decisión de primera instancia.

Revisada la actuación surtida dentro del trámite del cumplimiento del fallo, se registra que con fecha 23 de mayo de 2023 (Fol17), se recepcionó escrito remitido por el Gerente de la Regional Caribe

³ Sent. T-763/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero

de COOSALUD EPS S.A, señor MAURICIO MARULANDA RENGIFO, manifestando que una vez se recibido el fallo de tutela de primera instancia, se procedió a gestionar las actuaciones administrativas correspondientes para dar cabal cumplimiento al fallo, allegado evidencia del trámite surtido, de la siguiente forma:

“ ...

De: Veronica Patricia Mantilla Torres <vmantilla@coosalud.com>
Enviado: lunes, 6 de febrero de 2023 11:34 a. m.
Para: Luz Mery Ariza Caballero <lariza@coosalud.com>; Stefany Paola Ariza Cabarcas <stariza@coosalud.com>
Cc: Daniel Fernando Bertel Rodriguez <dbertel@coosalud.com>; Lina Esther Gonzalez Martinez <gonzalez@coosalud.com>; Victor Rafael Gutierrez Camargo (Int) <vgutierrez@coosalud.com>; Angelica Vanessa Diaz Pulido <adiaz@coosalud.com>
Asunto: TUTELA - CLARIVEL ROMERO - 32583828

Buen día,

[@Luz Mery Ariza Caballero](#) y [@Stefany Paola Ariza Cabarcas](#), Adjunto orden y fallo de tutela para gestión de silla de rueda.

2. En consecuencia, Ordenar a COOSALUD EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a la entrega de la silla de ruedas según las indicaciones y especificaciones de su médico tratante.

Nótese la fecha de la primera actuación fue el 6 de febrero de 2023, por medio del cual a escasos 3 días de proferido, se pone en conocimiento la orden impartida.

Posteriormente el 13 de febrero (7 días calendario posteriores) se generó MIPRES de rol recobrante para este caso, como se relaciona en el siguiente correo electrónico:

De: Luz Mery Ariza Caballero <lariza@coosalud.com>
Enviado: lunes, 13 de febrero de 2023 7:55 a. m.
Para: Stefany Paola Ariza Cabarcas <stariza@coosalud.com>; Manuel Antonio Valencia Egea <manvalencia@coosalud.com>
Asunto: RV: TUTELA - CLARIVEL ROMERO - 32583828

20230213210002069133

Cordialmente,
Luz Mery Ariza Caballero
Subdirector de Servicios Especiales
Sucursal Atlántico

Celular 3183122752
lariza@coosalud.com
Calle 85 # 50-187 Edificio Quantum piso 11

En esa misma fecha se procedió a direccionar el MIPRES al prestador encargado, CENTRO ORTOPEDICO ALEX BARRAZA:

El lun, 13 feb 2023 a las 11:41, Stefany Paola Ariza Cabarcas (<stariza@coosalud.com>) escribió:

Buenos días.

Señores Alex Barraza, se socializa direccionamiento realizado para entrega de silla de ruedas ordenada a la paciente CLARIVEL ROMERO, a través de fallo de tutela.

Se solicita asignación de cita para tomas de medidas; soportes adjuntos.

Cordialmente,

Stefany Paola Ariza Cabarcas.
Gestor de Recuperaciones N-PBS .
(53100520 ext 12037
Calle 85 # 50-159 edificio Quantum tower
Barranquilla/Atlántico

El prestador refirió cambio en la cotización, que fue aprobado directamente el día 15 de febrero de 2023:

De: Maida Barraza <coaban.autorizaciones@gmail.com>
Enviado: miércoles, 15 de febrero de 2023 10:20 a. m.
Para: Stefany Paola Ariza Cabarcas <stariza@coosalud.com>
Asunto: Re: TUTELA - CLARIVEL ROMERO - 32583828

HOLA Stefany

Te envío una nueva cotización donde incluimos servicio de tomas de medidas y servicio de entrega de dispositivo médico.

Quedo atenta

MAIDA BARRAZA

De: Stefany Paola Ariza Cabarcas <stariza@coosalud.com>
Enviado: miércoles, 15 de febrero de 2023 10:29 a. m.
Para: Maida Barraza <coaban.autorizaciones@gmail.com>
Cc: Veronica Patricia Mantilla Torres <vmantilla@coosalud.com>; Luz Mery Ariza Caballero <lariza@coosalud.com>; Daniel Fernando Bertel Rodriguez <dbertel@coosalud.com>; Mauricio Zirene Miranda <mzirene@coosalud.com>
Asunto: RE: TUTELA - CLARIVEL ROMERO - 32583828

ok perfecto, se da visto bueno a nueva cotización que incluye toma de medidas en el domicilio de la usuaria.

Nos socializas por favor fecha establecida para tal fin.

Cordialmente,
Stefany Paola Ariza Cabarcas.
Gestor de Recuperaciones N-PBS .
153100520 ext 12037

Se indica que a partir de este momento, el prestador debía proseguir con el proceso de toma de medidas y elaboración de la silla de ruedas, procedimiento que su conjunto puede tomar alrededor de 50 días.

Se evidencia con lo anterior, que el accionado a pesar de haber presentado impugnación frente al fallo de tutela de primera instancia en fecha: 8 de febrero de 2023 (Fol.9), el Gerente de la Regional Caribe de COOSALUD EPS S.A, señor MAURICIO MARULANDA RENGIFO, desde el momento en que fue recibido el fallo de tutela de primera instancia, adelantó los tramites necesarios para el cumplimiento del mismo, a partir de la fecha 6 de febrero de 2023, tal y como logró demostrar con las pruebas allegadas.

Sin embargo, pese a la gestión adelantada por parte COOSALUD EPS, y sin esperar la decisión de la segunda instancia, la accionante desde el 1º de marzo de 2023, la señora Clarivel Romero de Avila solicitó traslado de EPS que se hizo efectivo en esa fecha a MUTUAL SER EPS; traslado que se da incluso antes de la fecha del fallo de tutela de segunda instancia, que lo fue el 10 de marzo de 2023.

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

| COLUMNAS | DATOS |
|--------------------------|-----------------|
| TIPO DE IDENTIFICACIÓN | CC |
| NÚMERO DE IDENTIFICACION | 32583828 |
| NOMBRES | CLARIVEL |
| APELLIDOS | ROMERO DE AVILA |
| FECHA DE NACIMIENTO | **/**/**** |
| DEPARTAMENTO | ATLANTICO |
| MUNICIPIO | MALAMBO |

Datos de afiliación :

| ESTADO | ENTIDAD | REGIMEN | FECHA DE AFILIACION EFECTIVA | FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACION | TIPO DE AFILIADO |
|--------|--|------------|------------------------------|-------------------------------------|-------------------|
| ACTIVO | ASOCIACION MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - MUTUAL SER EPS | SUBSIDIADO | 01/03/2023 | 31/12/2999 | CABEZA DE FAMILIA |

Por lo anterior, se tiene que, tal y como fue expresado por COOSALUD EPS, la entrega de la silla de ruedas ordenada implicaba un lapso de 50 días, que se necesitan para el diseño, determinación de las medidas, elaboración y entrega de la silla de ruedas, debido a las especificaciones que se deben cumplir previamente, plazo este que supera la fecha del 1 de marzo de 2023, fecha del traslado de la accionante a MUTUAL SER EPS.

Respecto de lo anterior, el accionado ha indicado que: *“el sistema regulado por la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, incide que para los insumos no contemplados en el Plan de Beneficios en Salud, la entrega o la prestación del servicio es dada no en el momento en que se direcciona el MIPRES, sino cuando la entrega se materializa efectivamente.”* Lo que les imposibilita la entrega material de la silla de ruedas, y por ende, el cumplimiento a cabalidad (dentro del lapso ordenado) en el fallo de tutela de primera instancia. Ratifica su imposibilidad de cumplimiento, fundamentado en una norma administrativa del Ministerio de Salud, bajo el entendido de que el Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, en su **Artículo 2.1.11.10 Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud** dispone: *“Las EPS receptoras de afiliados a quienes las EPS de donde provienen les hubiesen autorizado servicios o tecnologías en salud que a la fecha de asignación no hayan sido garantizados, deberán prestarlos dentro de los 30 días calendario siguientes a la efectividad de la asignación, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención. En el caso de servicios y tecnologías autorizados no financiados con cargo a la UPC, la EPS receptora garantizará la continuidad del tratamiento. Así mismo deberá continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales.*

En ningún caso se podrán requerir trámites adicionales al afiliado.

A los pacientes con patologías de alto costo, madres gestantes y afiliados hospitalizados, la EPS deberá garantizar la oportunidad y la continuidad en la atención en salud de manera inmediata.”

Ante tal situación, le asiste razón a la accionada COOSALUD EPS, al insistir en su contestación que existe una ruptura que le imposibilita dar cumplimiento efectivo al fallo de tutela en cuestión.

Sobre el particular, en cuanto a la imposibilidad física o jurídica para dar cumplimiento a la orden original de un fallo y la posibilidad de acudir a otros medios que permitan garantizar la protección al derecho fundamental invocado, resulta pertinente citar lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia T-216 de 2013:

“De lo expuesto se concluye que, esta Corporación ha reconocido la existencia de eventos en los cuales, ante una imposibilidad física y jurídica por parte de la entidad accionada para dar cumplimiento a la orden original del fallo; es procedente acudir a otros medios que permitan

equiparar la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia o que mitiguen los daños causados a la persona afectada. Lo anterior se permite siempre y cuando se haya probado, de forma clara y precisa, la existencia de la imposibilidad aludida.

Por último, encuentra la Sala que otras Cortes han coincidido con esta postura frente a la imposibilidad física y jurídica para dar cumplimiento de los fallos judiciales. Como posición jurisprudencial relevante para el caso que ahora se resuelve, es conducente mencionar que entre las corporaciones judiciales que coinciden con la posición ahora señalada se encuentra el Consejo de Estado, tribunal que ha afirmado, como se expondrá más adelante, que no es posible obligar a una entidad a llevar a cabo algo que le resulta imposible; para esos casos, se ha aceptado acudir ante otros medios que permitan satisfacer las pretensiones del accionante frente a la protección de sus derechos fundamentales.”

Así las cosas, la inviabilidad jurídica de dar cumplimiento a la orden en los términos en los quedó consignada por el Juez de tutela, permite establecer que no se halla presente el elemento subjetivo requerido para imponer una sanción por desacato, esto es, la omisión a título de culpa o dolo por parte del accionado.

Afirmación que tiene sustento en el hecho de la gestión administrativa arriba mencionada conforme con las cuales se impartieron las ordenes respectivas, pese a interponerse la impugnación, y en atención al traslado que hizo de EPS la accionante que imposibilita la continuación del tratamiento y cumplimiento cabal del fallo por COOSALUD EPS.

Ahora, siguiendo con la revisión de las actuaciones surtidas, se encuentra que en el trámite de apertura del incidente de desacato, se requirió a MUTUAL SER EPS, quien a través de su Gerente Regional Atlántico, en fecha 30 de mayo de 2023(Fol.18), presenta informe sobre el cumplimiento del fallo de tutela de fecha 2 de febrero de 2023, en atención a que la señora CLARIVEL ROMERO DE AVILA, se encuentra como usuaria del servicio de salud de la misma.

En dicho informe, indicó el trámite adelantado para la entrega de la silla de rueda ordenada en el fallo de tutela del 2 de febrero de 2023, y allegó pruebas del trámite adelantado:

| INFORME SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA: | |
|--|--|
| Pretensiones de afiliada | Cumplimiento por parte de mutualser EPS |
| <i>Silla de ruedas</i> | Autorizada mediante el prestador MEDFIX SAS quien señaló mediante certificado adjunto que realizará toma de medidas el 31/05/2023 con entrega en un término de 45 días hábiles posteriores. Se resalta que el proceso de importación de insumos y fabricación de la silla de ruedas a la medida particular de la usuaria conlleva procesos organizacionales que interactúan para llevar a cabo la entrega final dentro del tiempo estipulado por parte de la IPS. |
| <i>Servicios complementarios para asistencia a cita de control</i> | Se realizó gestión con IPS VIVA 1A para cita por especialidad de Neurología EL 06/06/2023 01:00PM con el Dr. Ernesto Barceló en Instituto Colombiano De Neuropedagogia, con garantía de servicios complementarios de transporte para el paciente y acompañante. |

MUTUAL SER EPS, indicó además en su informe, lo siguiente: *“Es preciso resaltar que mutualser EPS no acostumbra a realizar este tipo de designaciones, no obstante, tenemos completa confianza en que estas acciones mejoren el proceso de respuesta a las acciones de tutela y, especialmente, el cumplimiento de las órdenes judiciales en el trámite de las mismas.”*

En este ordenno se pierde de vista que el fin último de la acción de tutela y el desacato es garantizar que a través del cumplimiento del fallo de tutela, se logre la protección de los derechos fundamentales vulnerados y que fueron amparados por orden judicial y no la imposición de las sanciones en sentido estricto.

En el caso bajo estudio, el derecho fundamental que se encuentra en peligro, es el derecho a la salud y a la vida digna de la accionante. Frente al mismo, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-171/18, a expresado:

“ La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”^{26]}.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.^[27] (Subrayado fuera del texto original)

En este orden de ideas, de conformidad con lo expuesto, se concluye que aunque el fallo proferido, de la cual es objeto el presente incidente, no fue cumplido en su integridad por parte de COOSALUD EPS a través del responsable de ejecutarlo, no obstante a ello, no hay lugar a imponerle sanción al funcionario, comoquiera que su incumplimiento no obedeció a dolo o negligencia por parte de aquel, sino a una imposibilidad jurídica de cumplirlo, estando por consiguiente ausente el elemento subjetivo indispensable para sancionar, pues, nadie está obligado a cumplir con lo imposible. Sin embargo, conforme a todo lo expuesto, y atendido los cambios de tiempo, modo y lugar ocurridos desde el fallo de tutela de fecha 2 de febrero de 2023, ya narrados en el presente análisis; con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales tutelados en favor de la señora LUZ DARY ROMERO DE AVILA en representación de CLARIVEL ROMERO DE AVILA, se hace necesario ordenar el cumplimiento fallo de tutela de fecha 2 de febrero de 2023, a través de MUTUAL SER EPS, atendiendo al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, y teniendo en cuenta que la misma ha estado presta a garantizar la protección de la salud de su afiliada.

En mérito de lo anterior, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad Atlántico,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la providencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Malambo el 19 de julio de 2023, mediante la cual se sancionó con una Multa de Cinco (5) Salarios Mínimos Legales Vigentes, al GERENTE DE LA REGIONAL CARIBE de COOSALUD EPS S.A, señor MAURICIO MARULANDA RENGIFO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

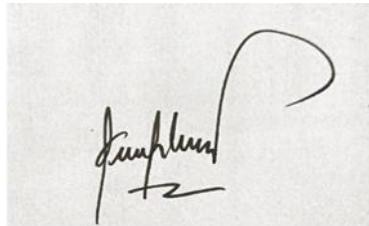
SEGUNDO: Mantener la orden impartida a través del fallo de tutela de Primera Instancia, del dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de

Malambo, y confirmado en segunda instancia, pero teniendo a MUTUAL SER EPS, como garante del cumplimiento del mismo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Juzgado de origen.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y rápido.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

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: **e1151cc1695da91718bbe05edd53fbddf86f79743cd5f755747291af5e5454f**

Documento generado en 28/07/2023 04:45:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>