



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Código 190013103001

AUTO INTERLOCUTORIO N° 435
Treinta (30) de octubre del dos mil veinte (2020)

Asunto: CONSULTA SANCIÓN POR DESACATO FALLO DE TUTELA
Accionante: MARGARETH YOHANA MARTÍNEZ ORTÍZ - Rep. Legal de
KEVIN ALEXANDER MOLINA MARTÍNEZ
Accionada: SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS

Rad.: 190014003006201800539-02

1. ASUNTO A TRATAR

El Despacho procede a revisar, en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, mediante auto interlocutorio dictado el veintinueve de octubre de 2020, dentro del incidente de desacato presentado por la señora Margareth Yohana Martínez Ortiz, quien actúa en representación legal de su menor hijo Kevin Alexander Molina Martínez, contra Mónica Cuervo Jiménez, quien funge como Administradora de la EPS Servicio Occidental de Salud - Sede Popayán (en adelante SOS EPS).

2. ANTECEDENTES

El Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, mediante fallo de tutela del veintidós de octubre de 2018, concedió el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, de que es titular el menor Kevin Alexander Molina Martínez; en consecuencia, en el numeral segundo le ordenó a SOS EPS que en el término allí señalado realizara las gestiones pertinentes para expedir la orden de apoyo que garantice la entrega del medicamento Somatropina, junto con la atención integral en salud para atender el diagnóstico de talla baja severa.

3. EL INCIDENTE DE DESACATO

Con posterioridad, la representante legal del menor presentó un escrito donde solicitó dar inicio al incidente de desacato en contra de la entidad accionada, por el supuesto incumplimiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela fechada el veintidós de octubre de 2018.

Mediante auto del quince de octubre del año en curso (folios 24 y 25), la a quo requirió a las doctoras Mónica Cuervo Jiménez y Natalia Elizabeth Ruiz Cerquera, Administradora y Subgerente de Salud, respectivamente, de la incidentada EPS, para que la primera cumpliera la sentencia de tutela y, la segunda, procediera a aperturarle el correspondiente proceso disciplinario a su subordinada en razón de su negligencia.

La Apoderada Judicial de SOS EPS informó que en el momento se están adelantando las gestiones administrativas tendientes a la consecución del solicitado medicamento, el cual estaría disponible para entrega a partir del veintisiete de octubre de 2020. Por lo anterior, solicitó el cierre y archivo del trámite incidental.

Posteriormente, el Juzgado de conocimiento profirió el proveído del veintiuno de octubre del presente año, disponiendo la apertura formal del trámite incidental por desacato en contra de la doctora Mónica Cuervo Jiménez, en su calidad de Administradora de la EPS SOS, corriéndole traslado del incidente presentado por el término perentorio de tres (03) días, para que informara si le había acatado el fallo de tutela, exponiendo los argumentos que justificaran su negativa para darle cumplimiento, en todo caso, aportando las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del incidente. Mediante oficio No. 03305 (folio 66), se notificó la decisión anterior al correo institucional de la EPS incidentada.

El pasado veintiuno de octubre, en similares términos a los ya propuestos, la mandataria judicial de SOS EPS insistió en que el medicamento somatropina estará disponible para su entrega al paciente a partir del veintisiete de octubre; sin embargo, aclaró que no se haría bajo la denominación del principio activo, esto es, Somatropina, sino en marca comercial, es decir, Norditropin. En escrito de esa

misma fecha, informó que la distribuidora de productos farmacéuticos encargada del caso envió al domicilio del menor el citado medicamento; no obstante, la señora Martínez Ortiz lo rechazó debido a que consideró que no era el formulado por el médico tratante, sin tener en cuenta que estaba bajo su presentación comercial y no genérica. Bajo ese entendido, nuevamente solicitó el archivo del incidente de desacato.

En proveído del veintitrés de octubre de 2020, la Juez de primer grado ordenó requerir a la Fundación Valle del Lili para que informara si los medicamentos Somatropina 6.7 mg/1 ml, prescrito al menor, y Norditropin 10 mg/15 ml, que pretende ser entregado por la EPS, son el mismo medicamento.

Mediante auto del veintisiete de octubre de 2020, la a quo procedió a decretar pruebas, teniendo como tales los documentos aportados por las partes. Así mismo, requirió a la incidentante, para que informara cuál es el medicamento que SOS EPS le ha entregado en anteriores oportunidades, incluyendo, si es posible, una fotografía del mismo. Igualmente, ofició a la doctora Mónica Cuervo Jiménez para que allegara informe respecto de la entrega del medicamento Somatropina, tal como fue prescrito por el personal de salud encargado, en cumplimiento del fallo de tutela adiado el veintidós de octubre de 2018, ante lo cual, la incidentada EPS se pronunció, en el sentido de insistir en la entrega del medicamento Norditropin.

4. LA SANCIÓN IMPUESTA

La a quo, mediante auto interlocutorio fechado el veintinueve de octubre del año que corre, resolvió declarar que la doctora Mónica Cuervo Jiménez, quien funge como Administradora de la EPS SOS, incurrió en desacato de lo ordenado en la sentencia de tutela fechada el día veintidós de octubre de 2018, imponiéndole como sanción: tres (03) días de arresto y multa equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. Sea lo primero anotar que al Despacho le asiste competencia funcional para revisar, en grado jurisdiccional de consulta, la sanción

impuesta por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, en providencia del veintinueve de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el inciso 2º, del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior jerárquico del Juzgado que impuso la sanción consultada.

PROBLEMA JURÍDICO. Al Despacho le corresponde establecer si la doctora Mónica Cuervo Fernández en su calidad de Administradora de la Sede Popayán de SOS EPS, incurrió en desacato de la sentencia de tutela adiada el veintidós de octubre de 2018.

CONSIDERACIONES GENERALES. Frente al asunto que nos ocupa es indiscutible que el Juez de Primer grado que concedió la tutela, en aras de la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales que halló vulnerados, mantiene su competencia *"hasta que esté completamente restablecido el Derecho o eliminadas las causas de la amenaza"*; estando facultado también para *"sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumpla su sentencia"*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991. Lo primero atañe al cumplimiento del fallo en los términos prescritos y lo segundo al Incidente de Desacato que de conformidad con el artículo 52 debe adelantarse para imponer la sanción por incumplimiento. Son dos instrumentos jurídicos diferentes que se correlacionan cuando *"como corolario del incumplimiento puede surgir el incidente de desacato"*, o simplemente, pueden adelantarse paralelamente.

Al respecto, resulta pertinente anotar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-367 de 2014, señaló las diferencias entre el trámite de cumplimiento de un fallo de tutela y el trámite incidental por desacato, en los siguientes términos:

"(i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

(ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

(iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir, que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

(iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público (...)’.

(...) 4.3.4.8. El trámite de cumplimiento sigue el procedimiento previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que otorga amplios poderes al juez de tutela para hacer cumplir la sentencia, valga decir, para garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos amparados¹. Hay tres etapas posibles en el procedimiento para cumplir con el fallo de tutela: (i) una vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda; (ii) si esta persona no lo cumpliere dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra un proceso disciplinario contra ella; (iii) si no se cumpliere el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez "ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo"².

4.3.4.9. De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo"³.

De lo anterior se colige que la imposición de la sanción debe estar precedida de un trámite incidental que garantice la eficacia del derecho al debido proceso de la autoridad contra quien se ejerce, para ello la Corte Constitucional ha establecido subreglas que deben acatarse para que lo actuado sea válido y no se incurra en vías de hecho; por ende, el juez que conozca del desacato debe adelantar un procedimiento en el que se comunique al incumplido sobre la iniciación del incidente de desacato con el fin de darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa; además, debe practicar las pruebas que le soliciten, al igual que aquellas que considere conducentes y pertinentes para adoptar la decisión; asimismo, debe disponer que se notifique la providencia que lo resuelva y, eventualmente, remitir el expediente ante el superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

¹ Sentencia T-123 de 2010

² Supra II, 4.3.3.1.5.

³ Sentencia T-171 de 2009

Y si bien, de acuerdo con las directrices proferidas por el Tribunal Superior del Cauca en providencia del once de septiembre de 2014, la notificación personal de los autos dictados en el trámite incidental de desacato no es obligatoria, ello no significa que la misma no pueda surtir en aquellos eventos en los que sea factible, puesto que sigue siendo la forma de notificación por excelencia, pero, en todo caso, lo importante es que la providencia que dispone la iniciación del incidente y la que impone la sanción por desacato, sean comunicadas a la persona responsable del cumplimiento de la orden de tutela que dio origen al incidente de desacato.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia T-342 de 2011, sentó que "*la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela*", puesto que "*esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales*", postura que fue ratificada por la misma Corporación en Auto 236 de 2013, indicando que las providencias dictadas en el trámite incidental de desacato no requieren de notificación personal.

Por otra parte, 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 imponer la sanción se requiere comprobar la negligencia de la persona comprometida, en otras palabras, para declarar el desacato de la autoridad responsable no basta con que se compruebe la omisión, sino que ésta debe ser atribuible al sancionado.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que "*el juez de tutela al tramitar el respectivo 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.** (...) 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 dolo⁴.

Frente a la decisión adoptada en el trámite incidental, la Doctrina⁵ ha indicado que no es susceptible de ser apelada; sin embargo, frente a la determinación sancionatoria, opera, automáticamente, el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior Jerárquico, en efecto suspensivo. A su vez, la Corte Constitucional, en sentencia C-243 de 1996, concluyó que el incidente de desacato se rige por las normas especiales del Decreto 2591 de 1991, y, por lo tanto, en caso de que la decisión sea desfavorable al accionante, no le corresponde agotar ningún recurso, pues dicho precepto no lo prevé.

Además, la doctrina autorizada ha señalado que *"En los casos en los que el juez de consulta concluya que no ha existido un incumplimiento, revocará la sanción por desacato. Cuando estime en cambio que si hubo incumplimiento pero que la sanción impuesta no es la correcta, puede modificarla. Adicionalmente, en sede de consulta puede modificar los aspectos accidentales de la orden de tutela originalmente proferida, siempre y cuando haya conocido de la tutela en segunda instancia. Pero sí el juez que resuelve la consulta no tuvo competencia sobre el caso examinado en la acción de tutela, carece de competencia para realizar modificaciones, y en consecuencia debe informar al juez de instancia para que sea éste quien tome las medidas adecuadas.*

En el caso en el que la decisión sea favorable al obligado y el juez concluye que no hay lugar a sanción porque la orden se cumplió o porque no existe responsabilidad subjetiva, la actuación termina porque ante tal decisión no procede la consulta. Los incidentes de desacato, a diferencia de las decisiones de tutela, no deben ser enviados a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Sin embargo, contra ellos procede la acción de tutela⁶.

Según la Jurisprudencia Constitucional⁷, el juez que decide la consulta del incidente de desacato debe *"Verificar si hubo un incumplimiento de las órdenes proferidas y si éste fue total o parcial. Si concluye que existió incumplimiento, debe (i) valorar las causas de ello para asegurar el cumplimiento de lo ordenado y (ii) analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es razonable, adecuada y proporcionada. Esto último implica verificar que no se haya violado la Constitución ni la Ley y asegurarse que la sanción es adecuada para alcanzar la finalidad de la acción de tutela y del incidente de desacato, es decir, la efectiva protección del derecho".*

⁴ Sentencia T 123 de 2010

⁵ Botero, Catalina. "La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano". Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Pág. 152.

⁶ Ob. Cit. Pág. 154

⁷ Sentencia T-086 de 2003.

6. CASO CONCRETO

En el asunto que ocupa la atención se tiene que, en sentencia del veintidós de octubre de 2018, el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, amparó los invocados derechos fundamentales a favor del menor Kevin Alexander Molina Martínez, en consecuencia, le ordenó a SOS EPS, a través de sus directivos, que le garantizaran la entrega del medicamento Somatropina y, junto con ello, la atención médica integral para el diagnóstico de talla baja severa.

Según se expone en el escrito génesis del trámite, la parte accionada incumplió con lo dispuesto en dicho fallo, debido a que ha hecho caso omiso a las órdenes judiciales allí contenidas.

Pues bien, observa el Despacho que en el proveído del quince de octubre de 2020, se ordenó notificar el fallo de tutela a la doctora Mónica Cuervo Jiménez, quien funge como Administradora de SOS EPS el fallo de tutela, por ser ella la responsable de su cumplimiento, advirtiéndose que durante el trámite incidental de desacato que dio origen a la imposición de la sanción consultada se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa a la misma, **puesto que se le notificó la sentencia que debía cumplir (Folio 27), e igualmente se le comunicó la iniciación del trámite incidental (folio 66)**, y se le concedió la oportunidad de pronunciarse al respecto, de solicitar y aportar las pruebas para justificar el incumplimiento de la orden de tutela o su cumplimiento; sin embargo, pese a que hubo varios pronunciamientos de su parte, los argumentos esgrimidos por la EPS incidentada en nada contribuyen al cumplimiento de las órdenes judiciales, pues insistió en hacer entrega de un medicamento cuya denominación no coincide con la prescrita por el médico tratante, sin que le sea permitido a la Juez constitucional emitir un criterio distinto al jurídico⁸, por lo que, bajo ese entendido, debe dejarse guiar en este punto

⁸ Sentencia T-345 de 2013: «Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, **luego el juez no puede valorar un procedimiento médico.** Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, **la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se**

por el concepto del galeno encargado del caso, para que sea éste quien formule el tratamiento a seguir, que, para el caso en cuestión, se circunscribe a la entrega del medicamento Somatropina, como ha venido siendo suministrado al menor aquí representado por su madre y así fue ordenado en el fallo desacatado.

Así entonces, se patentiza que la incidentada EPS ha persistido en su desobediencia a las órdenes judiciales, desatendiendo la prescripción del facultativo al pretender entregar un medicamento distinto al consignado en la fórmula médica sin aportar un sustento científico que así lo avale, con el consiguiente rechazo de la madre del paciente, lo que en últimas dilatan en el tiempo la trasgresión de las garantías fundamentales tuteladas, toda vez que han desconocido la prescripción médica⁹ adiada el veinticuatro de agosto de 2020, proferida por el profesional de la salud tratante.

Por lo anterior, el Despacho considera ajustado a la legalidad el trámite incidental adelantado por la a quo, que terminó con la imposición de sanciones a la doctora Mónica Cuervo Jiménez en su calidad de Administradora de SOS EPS, pues se observa que en dicha actuación se garantizó el debido proceso y especialmente el derecho de defensa; sin embargo, atendiendo las actuales condiciones sanitarias desatadas con ocasión de la pandemia generada por el Covid – 19, se ordenará conmutar la sanción de arresto decretada en el literal a) del numeral 2º de la parte resolutive del auto sancionatorio, fechado el veintinueve de octubre del presente año, por una medida de orden patrimonial, consistente en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, **adicionales** a los otros cinco ya impuestos por la Juez de primer grado en el literal b) del mismo numeral, confirmando la decisión en todo lo demás.

Por todo lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN,**

7. RESUELVE:

reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.» (Subrayado y negrilla fuera de texto)

⁹ Folio 16

PRIMERO: CONMUTAR la sanción de arresto decretada en el literal a) del numeral 2° de la parte resolutive del auto sancionatorio, fechado el veintinueve de octubre del presente año, dictado por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), por una medida de orden patrimonial, **consistente en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ADICIONALES** a los otros cinco ya impuestos por la Juez de primer grado en el literal b) del mismo numeral a la doctora Mónica Cuervo Jiménez, en su condición de Administradora de la Sede en Popayán de la accionada Servicio Occidental de Salud EPS, **CONFIRMANDO** la decisión en todo lo demás, por lo antes considerado.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, personalmente, por oficio o por cualquier otro medio eficaz de comunicación, en la forma que dispone el artículo 30 del Decreto 2591/91.

TERCERO: DEVUELVÁSE la actuación al Juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones de rigor.

CÚMPLASE

Firmado Por:

JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO POPAYAN

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:

**149d8d1502cb490200419689b79c691880e55695dacfa0fa3a15e5f1
c0a256b9**

Documento generado en 30/10/2020 07:49:33 p.m.

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