

A despacho el presente incidente de desacato, para resolver sobre el grado de consulta de la sanción impuesta al representante legal de Emssanar EPS, asignada a este Juzgado por reparto de 4 de octubre de 2021. Santiago de Cali, 5 de octubre de 2021.
La Secretaria,

MARIA DEL CARMEN QUINTERO CARDENAS



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**Auto interlocutorio No. 436
JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD**
Santiago de Cali, cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 76001-40-03-007-2015-871-01

Asunto: CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO (ACCIÓN TUTELA)

Accionante: MARLYN YALENA RABA OSPINA representante legal de **JUAN STIBEN PANTOJA RABA**

Accionado: EMSSANAR S.A.S

Procede el Juzgado a resolver el grado de consulta de conformidad con el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por el desacato al fallo de tutela de primera instancia No. 272 de 18 de diciembre del 2015 proferido por el JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE CALI dentro del asunto arriba referenciado.

ANTECEDENTES:

En sentencia No. 272 de 18 de diciembre del 2015 proferido por el JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE CALI tuteló el derecho fundamental de la salud del joven JUAN STIBEN PANTOJA RABA, disponiendo lo siguiente:

"SEGUNDO: ORDENAR a Emssanar EPS-S, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a AUTORIZAR y SUMINISTRAR al paciente JUÁN STIBEN PANTOJA LARA, los siguientes servicios médicos POS y no POS: Los medicamentos VIGABATRINA 500MG, y TOXINA BOTULINICA, atendiendo las prescripciones del médico tratante, servicio de transporte idóneo para el desplazamiento del paciente para acudir a citas médicas y terapias, así mismo, brindara el tratamiento integral que requiera, derivado de las patologías que padece el representado aquí tratadas, que incluya , medicamentos, procedimientos , terapias, exámenes, ayudas diagnósticas, valoraciones especializadas y subespecializadas, todo conforme las disposiciones y prescripciones que emita el médico tratante, de igual forma se ordenara que un galeno adscrito a la EPS conceptúe sobre la necesidad, cantidad y periodicidad de

los insumos de aseo alusivos a pañales, pañitos húmedos, ungüento almipro, "crema lubriderm", talcos para el cuello" y los suplementos alimenticios, "leche adecuada" y silla de ruedas". (...)"

En tal virtud, la señora MARLYN YALENA RABA OSPINA mediante escrito de 7 de septiembre de 2021, informó que, pese a la existencia de la orden emitida por el despacho EMSSANAR EPS ha hecho caso omiso a la misma, es decir, que no están suministrando los insumos, servicios y suplemento nutricional, citas médicas ordenados por el médico tratante de forma periódica.

"Solicitando, tener en cuenta los traslados de Juan Stiben Pantoja para cita médicas y toma de exámenes.

Que se re programe nuevamente las citas y su respectivo traslado.

- 1. 06 de septiembre 2021 toma de medidas ortopédica Gómez.*
- 2. 08 de septiembre de 2021 club Noel fisioterapia*
- 3. 11 de septiembre de 2021 valle del Lili examen densitometría.*
- 4. 28 de septiembre de 2021 club Noel neurología.*

Pendiente de insumos que a la fecha no me entregan.

- Pediasure botella por 237 150*
- Domperidona tabletas 25 pendientes*
- Shampoo de manzanilla 750*
- Jeringas 3 cc cantidad 30 isodine solución 60 cc cantidad 3*
- Extensión para gastrostomía cantidad 6*
- Bolsa kangaro cantidad 12*
- Jeringa 60ml cantidad 12*
- Extensión para gastrostomía cantidad 1*
- Dolex 100 cantidad 3 Formula de 24 de agosto 2021 sin autorizar*

Formula de 24 de agosto 2021 sin autorizar

- Vigabatrina sabril 500mgs cantidad 120*
- Salbutamol 300mgs/cc inhalación cantidad 1*
- Sulfato ferroso 200mgs/5ml cantidad 2*
- Vitamina d3 56000ul/ml cantidad 2*
- Shampoo 750cc cantidad 1*
- Botón Mickey 14 cantidad 1*
- Tapabocas caja por 50 unidades cantidad 3 cajas*
- Cita con pediatría (sede club Noel más su respectivo traslado)*

07 de septiembre de 2021

Potenciales evocados auditivos bajo sedación

Autorización otorrinolaringología

Limpieza de oído bajo sedación

08 de septiembre de 2021

- Autorización para aplicación de toxina butulinica cantidad (4)*
- Autorización medicamento toxina botulinica 300U/1U cantidad 2 frascos*
- Autorización inmovilizadores o estabilizadores de rodilla cantidad 2*
- Autorización inmovilizadores de codos cantidad 2*
- Autorización ortesis branquiopalmar larga cantidad 2"*

Iniciado el incidente, corrido el traslado correspondiente y practicada las pruebas pertinentes, el Juez de conocimiento halló méritos para sancionar al infractor doctor

JOSE EDILBERTO PALACIOS LANDETA, como representante legal para acciones de tutela de la referida entidad con MULTA DE CUATRO (4) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, a través del auto de 1º de octubre de 2021, providencia que es materia de consulta de conformidad con el Art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

En la **sentencia SU034 de 2018** la Corte Constitucional, señaló:

"CONSULTA DEL DESACATO-Efectos

Al evaluar el alcance de la decisión del juez que resuelve la consulta en el marco de un incidente de desacato, este Tribunal ha establecido que en esta etapa del trámite la autoridad competente deberá verificar los siguientes aspectos: (i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento– con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido. (ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia.

CONSULTA DEL DESACATO-Competencia para modificar órdenes en tutela

Recordando que la finalidad última del incidente de desacato es la de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo, la Corte ha admitido que en ciertas circunstancias el juez que conoce el grado jurisdiccional de consulta adicione lo resuelto por el a quo a través de medidas complementarias o ajustes tendientes a asegurar el cumplimiento de las órdenes de tutela, circunscrito eso sí a la parte resolutive de la sentencia de tutela, pues no es este el escenario para abrir el debate previamente clausurado.

...

...Ello, por cuanto se estableció que, al momento de resolver un incidente de desacato, la autoridad judicial debe tomar en consideración si concurren factores objetivos y/o subjetivos determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario. Entre los factores objetivos, pueden tomarse en cuenta variables como (i) la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, (ii) el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, (iii) la presencia de un estado de cosas inconstitucional, (iv) la complejidad de las órdenes, (v) la capacidad funcional de la persona o institucional del órgano obligado para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo, (vi) la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo, y (vii) el plazo otorgado para su cumplimiento. Por otro lado, entre los factores subjetivos el juez debe verificar circunstancias como (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela."

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

La acción de tutela, concebida como un mecanismo ágil, cuya finalidad es establecer en forma inmediata el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares en los casos señalados por la ley, culmina con una orden dirigida al autor del agravio para que cese la conducta, ya sea actuación material o amenaza denunciadas y, si es viable vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, o si es el caso para que efectúe la acción adecuada, en los eventos de denegación de actos o de omisiones. De suerte que siempre que ese objetivo no se logre por la actividad del agente a quien por orden de tutela se le impuso observar una conducta determinada, es palmario que se incurre en incumplimiento.

Ahora, el estado, como responsable de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, para asegurar la convivencia pacífica como la vigencia de un orden justo, debe contar con una herramienta que le permita exigir coercitivamente a las autoridades públicas y a los particulares el cumplimiento de las órdenes que se les imparten. Es por ello el poder punitivo que se le otorga.

Así el incumplimiento de una cualquiera de tales ordenes proferidas en el fallo de tutela, da lugar a las sanciones previstas en el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo señalado en los Artículos 27, 53 ibídem.

La primera de las normas aludidas dispone que la persona que incumple una orden del juez de tutela incurrirá en desacato que ***será sancionado con arresto hasta de seis (6) meses, multa hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.*** Y además establece cual es la autoridad competente para imponer la sanción y el procedimiento que deben seguirse.

En estos eventos la Corte Constitucional en Sentencia T-763 de Diciembre 7/98 señala que el desacato es un ejercicio de poder disciplinario, y por lo mismo, la responsabilidad de quien incurra en él es una ***responsabilidad subjetiva***, es decir, que debe existir negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento; y si se trata del superior inmediato de aquél que debió cumplir la orden dada por la tutela, adicionalmente debe existir un requerimiento por parte del juez para que hiciera cumplir al interior la tutela.

En el caso bajo estudio, en relación con la sanción impuesta al doctor JOSE EDILBERTO PALACIOS LANDETA, como representante legal para acciones de tutela de EMSSANAR EPS se garantizó el debido proceso en el trámite del incidente de desacato, pues se realizó el respectivo requerimiento para acatar la orden de tutela; posteriormente se dispuso la apertura del incidente brindándole la oportunidad para plantear su defensa dentro de la cual no logró acreditar el obediencia a lo ordenado por el juzgado, imponiéndose, entonces, la sanción objeto de consulta.

En el caso que se consulta y de acuerdo a las pruebas aportadas, considera este despacho que no hay lugar a considerar los factores objetivos, tales como, que no existe una imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, que no existe una declaración de un estado de cosas inconstitucional, que las órdenes de la sentencia no pueden considerarse complejas, que no hay falta de capacidad en el funcionario para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo y que el plazo otorgado para el cumplimiento no fue cuestionado, porque ni siquiera fueron alegados por el accionado y además no se evidencian en el trámite. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo respecto del factor objetivo denominado **“el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida.”**

Así las cosas, el hecho que resulta como plenamente demostrado es que el fallo de tutela no se cumplió sin que, hasta el momento, haya una justificación atendible. Al incidente no se trajo prueba de alguna circunstancia excepcional, constitutiva de fuerza mayor, caso fortuito impedimento extraordinario, etc., que imposibilitara cumplir el fallo de tutela, finalmente, todas las providencias fueron debida y oportunamente notificadas.

Es más, en el trámite incidental, merece reproche la actitud caprichosa del sancionado, pues desatendió no sólo el cumplimiento de la sentencia de tutela de la que hoy se duele la accionante, sino también los requerimientos provenientes del a quo al interior del trámite incidental, puesto que, a pesar de haber sido notificado de las providencias proferidas en el curso del incidente de desacato, el 13 de septiembre de 2021 informan que:

"CASO CONCRETO. Su señoría, nos permitimos informar que JUAN STIBEN PANTOJA RABA, se autorizaron los servicios de transporte solicitados dentro del presente asunto de la siguiente manera: CITA DE TOMA DE MEDIDAS 20 SEPTIEMBRE DE 2021. OSTEODENSITOMETRIA POR ABSORCION DUAL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2021. CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGIA PEDIATRICA 28 SEPTIEMBRE DE 2021. Se anexan direccionamientos MIPRES, para que sirvan de prueba.

Ahora bien, teniendo en cuenta las numerosas solicitudes del paciente, nos permitimos informar que actualmente se encuentran en proceso de auditoría para verificar vigencia, pertinencia y relación con el diagnostico tutela, esta gestión se encontró que no ha sido

posible establecer la fecha a la que pertenecen la orden de los servicios que se describen a continuación:

Pediasure botella por 237 150 Domperidona tabletas 25 pendientes Shampoo de manzanilla 750 Jeringas 3 cc cantidad 30 isodine solución 60 cc cantidad 3 Extensión para gastrostomía cantidad 6 Bolsa kangaro cantidad 12 Jeringa 60ml cantidad 12 Extensión para gastrostomía cantidad 1 Dolex 100 cantidad 3.

A la madre del usuario ya se le hizo la petición para continuar con los trámites de autorización y Direccionamientos."

No obstante, a pesar de que el fallo de tutela de primera instancia fue proferido el 18 de diciembre del 2015, la señora MARLYN YALENA RABA OSPINA representante legal de su hijo JUAN STIBEN PANTOJA RABA ha tenido que presentar varios incidentes de desacato según se desprende del expediente digital allegado por el Juzgado de conocimiento, por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la entidad accionada, cuando informan que, actualmente se encuentran en proceso de auditoría para verificar vigencia, pertinencia y relación de los servicios requeridos y que a la madre del usuario ya se le hizo la petición para continuar con los trámites de autorización y direccionamientos, cuando lo cierto es que la entidad accionada conoce de los padecimientos del menor y la orden emitida en el fallo de tutela, que ordenó:

"AUTORIZAR y SUMINISTRAR al paciente JUÁN STIBEN PANTOJA LARA, los siguientes servicios médicos POS y no POS: Los medicamentos VIGABATRINA 500MG, y TOXINA BOTULINICA, atendiendo las prescripciones del médico tratante, servicio de transporte idóneo para el desplazamiento del paciente para acudir a citas médicas y terapias, así mismo, brindara el tratamiento integral que requiera, derivado de las patologías que padece el representado aquí tratadas, que incluya , medicamentos, procedimientos , terapias, exámenes, ayudas diagnósticas, valoraciones especializadas y subespecializadas, todo conforme las disposiciones y prescripciones que emita el médico tratante, de igual forma se ordenara que un galeno adscrito a la EPS conceptúe sobre la necesidad, cantidad y periodicidad de los insumos de aseo alusivos a pañales, pañitos húmedos, ungüento Almipro, "crema lubriderm", talcos para el cuello" y los suplementos alimenticios, "leche adecuada"

Por lo tanto, la entidad no ha acreditado el cumplimiento de la orden judicial en la forma como fue ordenada según prescripción de los médicos tratantes, sin que, hasta el momento, haya una justificación atendible.

De acuerdo a lo anterior, este despacho encuentra no satisfecha la orden judicial del fallo de tutela por parte de la EPS accionada, puesto que no ha cumplido con la orden judicial con la entrega de los medicamentos, insumos, servicios y suplementos alimenticios de manera oportuna, generando demora en la prestación de los servicios de salud.

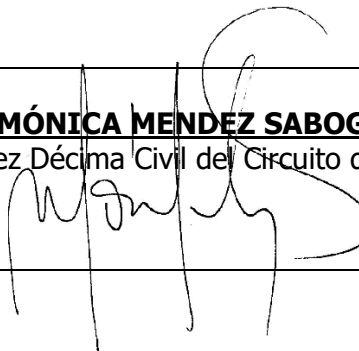
Para este Despacho, la sanción además de ser legal, fue impuesta con respeto al

debido proceso, teniendo en cuenta que el sancionado se resiste a acatar la orden constitucional, impidiendo, de esa forma, que el menor JUAN STIBEN PANTOJA RABA por su condición de salud y de acuerdo a su patología, quien merece mayor protección, tenga esperar trámites administrativos propios de esa entidad para la autorización de los servicios médicos requeridos y ordenados a través de fallo de tutela, perjudicando su estado de salud por la demora en la autorización.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1. **CONFIRMAR** la providencia materia de consulta de 1º de octubre de 2021, proferido por el JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL de Cali.
- 2. **COMUNICAR** al funcionario de conocimiento la anterior decisión conforme lo ordena en el Inc. 2º del Art. 359 del C. de P. Civil **y NOTIFICAR** a las partes por correo electrónico.
- 3. **DEVOLVER** la presente actuación a su lugar de origen, previa cancelación de su radicación en los libros respectivos.

 Libertad y Orden República de Colombia	MÓNICA MENDEZ SABOGAL Juez Décima Civil del Circuito de Cali 
--	---

