



**JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Correo electrónico: j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Veintidós (22) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

**GRADO JURISDICCIONAL EN CONSULTA A LA SANCIÓN IMPUESTA
EN INCIDENTE DE DESACATO** promovido a la señora **LUCIA MAGALY
PARDO ARANGO** contra **FAMISANAR EPS**.

En la fecha procede el Despacho a estudiar en consulta la sanción por desacato impuesta a la señora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO en calidad de Directora Técnico Plan Complementario y encargada de cumplimiento de fallos de tutela de FAMISANAR EPS, impuesta mediante providencia de quince (15) de abril de 2024.

ANTECEDENTES

El Juzgado Séptimo (07) Municipal De Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante providencia de diez (10) de noviembre de 2023, tuteló los derechos fundamentales a la vida y a la salud de Pedro Guillermo Carranza Urrea, ordenando lo siguiente:

***“PRIMERO. - TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida y a la salud de Pedro Guillermo Carranza Urrea y, en consecuencia:*

***SEGUNDO. – ORDENAR** a la EPS Famisanar que, en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia garantice el señor Pedro Guillermo Carranza Urrea, de forma directa o a través de una I.P.S. contratada en su red de prestadores de servicios de salud, la entrega del medicamento “RIBOFLAVINA CAPS X 200 MG #360” que requiere el actor, en los estrictos términos fijados por los médicos tratantes.*

***TERCERO. - NEGAR** las demás pretensiones, conforme a la parte motiva del presente proveído”.*

Frente a lo ordenado, el accionante desde el pasado 28 de noviembre de 2023, ha elevado reiteradas solicitudes de tramite incidental de Desacato por cuanto la EPS no ha dado cumplimiento a la orden de tutela.

TRÁMITE PROCESAL INCIDENTE DESACATO

El Juzgado Séptimo (07) Municipal de Pequeñas Causas Laborales, frente a la solicitud elevada por el accionante, mediante auto de 22 de enero de 2024 dispuso previo a iniciar el trámite incidental requerir a la EPS FAMISANAR para que informara sobre el cumplimiento del fallo de tutela, decisión debidamente notificada a la requerida.

Frente al anterior requerimiento, mediante oficio de 25 de enero de 2024 la señora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, actuando en calidad de DIRECTOR TÉCNICO PLAN COMPLEMENTARIO de EPS FAMISANAR S.A.S., y como encargado del cumplimiento de los fallos de tutela, se pronunció frente al requerimiento manifestando que están adelantando las gestiones pertinentes a fin de cumplir el

fallo de tutela, así mismo manifestó que debido a la intervención de la EPS se separó al Representante Legal y la Junta Directiva designándose como interventor a la señora SANDRA MILENA JARAMILLO AYALA.

A continuación, mediante comunicado de 29 de enero de 2024, la EPS Famisanar dio alcance a la respuesta emitida, informando que se encuentra ante una imposibilidad material y jurídica, toda vez que el medicamento RIBOFLAVINA 200 MG CAPSULA no cuenta con registro ni notificación sanitaria PARA EL TRATAMIENTO DE LA PATOLOGIA PADECIDA POR LA PACIENTE, así mismo, manifiesta que a fin de dar trámite al fallo y encontrar una alternativa farmacológica fijo cita para consulta por neurología con el doctor Francisco Bernal Cano para el día lunes 19 de enero de 2024 a las 11:20 am.

Frente a lo anterior, el señor Carranza, en memorial de 9 de febrero de 2024 se pronunció sobre el informe rendido por parte de la EPS, manifestando que esta en total desacuerdo por lo dispuesto por la EPS, que fue atendido nuevamente por el citado Galeano quien presuntamente cambio la prescripción inicial, por el medicamento RIBOFLAVINUM TABLETAS * 200 MG., medicamento que tampoco ha sido entregado al accionante.

Así mismo, el Despacho observa que reposa constancia de 07 de marzo de 2024. en la cual el Despacho a través de sus funcionarios se comunicó con el accionante a fin de indagar si ya recibió los medicamentos, frente a lo cual manifestó negativamente. Con forme a esto, nuevamente en misma fecha, procedió a requerir a SANTIAGO BARRAGAN FONSECA en calidad de Representante Legal de la EPS FAMISANAR S.A.S.

LA EPS atendió el anterior requerimiento en comunicado de 13 de marzo de 2024, nuevamente a través de la doctora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, en el que reitero el informe ya rendido adicionando que se programó cita para el 14 de marzo de 2024, toda vez que, en el mes de enero el profesional tratante realizó seguimiento a la reformulación del usuario y emitió orden médica para toxina botulínica, junto a control con el especialista para 3 meses, fecha en la cual se aplicará el nuevo medicamento, endilgando culpa al accionante en el incumplimiento por no asistir a las citas médicas fijadas.

Posterior a lo narrado, observa el Despacho que mediante constancia de 04 de abril de 2024 se comunicaron con el señor Carranza, quien nuevamente manifestó que el medicamento había sido reformulado por “RIBOFLAVINUM TABLETAS X 200 MG #360”, el cual tampoco había sido recibido. A continuación, mediante auto de 08 de abril de 2024, dispuso:

“...PRIMERO: ADMITIR el incidente de desacato de la referencia en contra de la señora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, en calidad de DIRECTORA TÉCNICA PLAN COMPLEMENTARIO de EPS FAMISANAR S.A.S., por el incumplimiento de la sentencia judicial proferida por esta Sede Judicial el diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), dentro de la acción de tutela radicada bajo el No. 2023-00871.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a la señora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, en calidad de DIRECTORA TÉCNICA PLAN COMPLEMENTARIO de EPS FAMISANAR S.A.S. la iniciación del presente incidente, corriéndosele traslado por el término de tres (3) días, para que informe las razones por las cuales no ha dado cumplimiento al fallo proferido por este Juzgado, presente sus argumentos de defensa, solicite las pruebas que pretendan hacer valer acompañadas de los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder. Lo anterior, en

atención a lo dispuesto en el artículo 27 y 52 del decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 128 del C.G.P...”

Frente a la apertura del incidente, el 10 de abril de 2024 la EPS FAMISANAR rindió informe suscrito nuevamente por la Doctora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, en la que reitero que se encuentra ante una imposibilidad material y jurídica de entregar el medicamento RIBOFLAVINA 200 MG CAPSULA, porque no cuenta con registro ni notificación sanitaria, reitera también que pese a asignar consulta con el médico tratante a fin de encontrar una alternativa farmacológica, el accionante no ha asistido a las mismas; también manifestó que en el mes de enero realizó acercamiento con el profesional tratante, quien conforme a su criterio y autonomía médica cambio la alternativa farmacéutica por el medicamento TOXINA BOTULINICA, así como también genero control para 3 meses.

PROVIDENCIA CONSULTADA

Cumplido el trámite ya relatado, El Juzgado Séptimo (07) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante proveído de 15 de abril de 2024 resolvió:

“...PRIMERO.- Sin perjuicio de cumplir en su totalidad lo ordenado en el fallo de tutela de 10 de noviembre de 2023, SANCIONAR a LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, con multa de dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes y con arresto de dos (2) días, conforme a lo motivado.

SEGUNDO. –El arresto deberá cumplirse en las instalaciones que la POLICIA NACIONAL determine. El monto impuesto a título de multa será consignado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con los Acuerdos 117 y 118 de 2001 emitidos por esa entidad. Si dentro del término concedido, el obligado no acredite el pago de la multa, se actuará de conformidad a lo señalado por el artículo 10° de la Ley 1743 de 2014...”

Para sustentar su decisión, el Juez de conocimiento consideró que el requisito de responsabilidad objetiva se cumplió pues es claro que no se ha entregado el medicamento ordenado; frente al requisito de responsabilidad subjetivo, determino que la responsable era la señora LUCIA MAGALY PARDO ARANGO, en calidad de DIRECTORA TÉCNICA PLAN COMPLEMENTARIO de EPS FAMISANAR S.A.S., pues aquella lo admitió en los informes rendidos, además que fue debidamente notificada y de quien considero que su conducta ha sido cuando menos omisiva y grosera frente a las órdenes que repetidamente se le ha venido impartiendo, pues ni siquiera a instancias del incidente de desacato, demostró haber realizado gestiones que llevarán a cumplir el fallo antes referido, con la entrega del medicamento que si bien no fue el ordenado por parte de este Juzgado, fue el reformulado por el médico tratante, conforme orden medica de fecha 18 de enero de 2024.

CONSIDERACIONES

A fin de resolver la consulta, el Despacho debe recordar que los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, disponen que el demandante en tutela cuenta con dos mecanismos que puede utilizar simultánea o sucesivamente ante el incumplimiento de la orden de tutela, facultándolo para pedir el cumplimiento de la misma a través del denominado “*trámite de cumplimiento*” y/o para solicitar, por medio del “*incidente de desacato*”, que la persona o autoridad obligada a su cumplimiento, sea sancionada. En este orden de ideas, “*el juez puede adelantar el incidente de desacato y sancionar a los responsables*”, pero simultáneamente la autoridad judicial puede adelantar las diligencias tendientes a obtener el cumplimiento de la orden.

En ese sentido, deben diferenciarse uno y otro procedimiento, pues no obstante que tienen un mismo origen, esto es, la orden judicial de tutela, son dos instrumentos jurídicos diferentes, que se tramitan en forma paralela pero que persiguen objetivos distintos. En ese marco, se ha precisado que “*el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento, no obstante que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tenga como posibilidad el incidente de desacato*”¹; Esas diferencias se han condensado en las siguientes:

- 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.*

Pues bien, tratándose entonces del incidente de desacato, éste debe desarrollarse con observancia de los pasos previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que consagra un trámite incidental para efecto de imponer una sanción a quien no ha dado cumplimiento a un fallo de tutela, procedimiento que según nuestra legislación está comprendido en los lineamientos del artículo 129 del CGP, que implica el despliegue de las siguientes actuaciones: a) de la petición de apertura de incidente se debe correr traslado a la parte contraria por el término de tres (3) días para que en la contestación pida pruebas que se pretenda hacer valer, lo que presupone la notificación personal de este acto a quien se le dio la orden de tutela; b) vencido el término de traslado, el juez decretará la práctica de las pruebas pedidas así como las ordenadas de oficio; no habiendo pruebas que practicar, se decidirá en la sentencia.

Con forme a lo anterior, recuerda el Despacho que en los términos de la jurisprudencia Constitucional (SU 034 de 2018), el Juez que adelante el incidente se debe limitar a verificar los siguientes aspectos: (i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso.

Ante este último punto, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo.

De allí se desprende que corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado, pues si no hay

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1158 de 2003.

contumacia o negligencia comprobadas, no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción.

Finalmente, en misma providencia, la Corte Constitucional ha enseñado que al evaluar el alcance de la decisión del juez que resuelve la consulta en el marco de un incidente de desacato, 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.

Por último, se recuerda que la finalidad última del incidente de desacato es la de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo y que en ciertas circunstancias el juez que conoce el grado jurisdiccional de consulta excepcionalmente puede adicionar 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.

CASO CONCRETO

Al caso de autos, observa el Despacho que la sanción impuesta debe ser revocada. En primer lugar por cuanto existe una causal de nulidad que impide desatar el grado jurisdiccional de consulta, comoquiera que, el Juzgado Séptimo (07) Municipal De Pequeñas Causas Laborales de Bogotá omitió surtir la etapa probatoria al interior del trámite incidental sin que exista una justa causa en punto a la sustracción de dicha fase procesal.

Al respecto, observa el Despacho que entre el auto que da apertura al incidente de desacato y el que se sanciona solamente se advirtió a la EPS que contaba con el termino de tres Días para informar las razones por las cuales no ha cumplido el fallo, aportar y solicitar las pruebas que considerara pertinentes, sin embargo, no se evidencia en el expediente, decisión en la cual se hubiera decretado y trasladado las pruebas o en gracia de discusión, que se iba a decidir de plano omitiendo esta etapa y justificando las razones del proceder.

En segundo lugar, observa el Despacho que la EPS reiteradamente ha manifestado que se encuentra ante una imposibilidad para entregar el medicamento RIBOFLAVINA 200 MG CAPSULA, por cuanto este no tiene registro sanitario para el tratamiento de la patología que padece el actor, aunado a lo anterior, la EPS informó que a fin de cumplir el fallo, ha asignado citas con el especialista tratante, el Doctor Francisco Bernal Cano, quien reformulo el tratamiento farmacológico, por el medicamento TOXINA BOTULINICA. Sobre este particular, en el auto que se decidió el incidente, el Juez de conocimiento no se pronunció.

De otro lado, en contraposición a lo afirmado por la EPS, el señor Carranza manifestó que asistió a cita con el especialista Francisco Bernal Cano, quien reformulo el medicamento RIBOFLAVINA por RIBOFLAVINUM TABLETAS X 200 MG #360;

frente a este particular, para el Despacho no está suficientemente probado que en realidad hubiera un cambio del fármaco, lo anterior por la similitud del nombre con el descrito en la parte resolutive de la sentencia de decidió la tutela en primera instancia. situación que se debió esclarecerse también por el Juez de conocimiento, sin que tampoco hubiere pronunciamiento al respecto.

Conforme a lo anterior, el Despacho debe precisar que La Corte Constitucional en sentencia SU 34 de 2018, ha admitido que en determinados eventos la posibilidad de que el juez instructor del desacato module las órdenes de tutela en tanto no pueden materializarse inmediatamente y precisan del concurso de varios sujetos o entidades (v.gr. asuntos de política pública)– en el sentido de que incluya una orden adicional a la principal o modifique la misma en sus aspectos accidentales –es decir, en lo relacionado con las condiciones de tiempo, modo y lugar–, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, respetando el principio de cosa juzgada y sin alterar el contenido esencial de lo decidido originalmente, de conformidad con los siguientes parámetros o *condiciones de hecho*

- (a) *Porque la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane;*
- (b) *Porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público –caso en el cual el juez que resuelve modificar la orden primigenia debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz–;*
- (c) *Porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.*

Al particular, considera el Despacho que no se ha establecido si quiera si en realidad existe una imposibilidad jurídica o material por parte de la EPS FAMISANAR para entregar el medicamento, pues no basta la manifestación hecha por la EPS que la imposibilidad radica en la falta de registro sanitario, en primer lugar porque esto se debió debatir en el trámite de la tutela no siendo admisible revivir una instancia adicional.

En segundo lugar, porque la Corte Constitucional en sentencia (T 133 de 2022) ha reiterado en su jurisprudencia relativa al suministro de medicamentos que no cuentan con la aprobación del INVIMA. Que será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología, y “siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos [excluidos de financiación con recursos públicos de la salud]. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”. En conclusión, el criterio del profesional especialista en la salud encargado del tratamiento del paciente que requiere un medicamento sin aprobación del INVIMA es quien, *prima facie*, determina la idoneidad y eficacia del fármaco para el tratamiento prescrito. En esa medida, el suministro de medicamentos que no cuentan con la aprobación del INVIMA, vía acción de tutela, está supeditado a la acreditación del medicamento dentro de la comunidad científica como idóneo y eficaz para el tratamiento de determinada enfermedad.

Conforme a las consideraciones expuestas, el Despacho decretara la nulidad de lo actuado por el juzgado de conocimiento a partir del auto de 08 de abril de 2024, por el cual se admitió el incidente de desacato, para que en su lugar, se rehaga la actuación abriendo el correspondiente debate probatorio, en el cual se determine si

la EPS se encuentra en una imposibilidad material que alega, para lo cual se requiera al Doctor Francisco Bernal Cano para que informe si el medicamento "RIBOFLAVINA CAPS X 200 MG #360" pese a no estar aprobado por el Invima para tratar la patología del señor carranza cumple con los criterios jurisprudenciales, esto es, acreditación del medicamento dentro de la comunidad científica como idóneo y eficaz para el tratamiento de la enfermedad del accionante.

Cumplido lo anterior, si se determina que el medicamento está en fase experimental o no cuenta con la evidencia científica de idoneidad y eficacia para tratar la patología del accionante, que derive en la imposibilidad material o jurídica de la EPS para suministrar el medicamento RIBOFLAVINA. En cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia SU 034 DE 2018, se deberá modular la orden emitida en instancia y en su lugar se deberá tomar todas las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales del amparado, para lo cual el medico Francisco Bernal Cano, informara si existe medicamento que pueda sustituir la RIBOFLAVINA, para tratar la patología del señor Carranza, medicamento que deberá ser suministrado al accionante lo más pronto posible.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

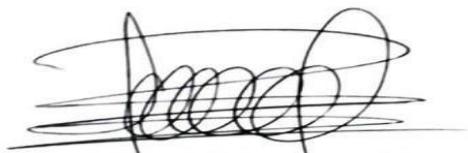
RESUELVE

PRIMERO. - DECRETAR LA NULIDAD de todo actuado por Juzgado Séptimo (07) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, a partir del auto de 08 de abril de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** regresar el expediente al Juzgado Séptimo (07) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, con el fin de que proceda a rehacer la actuación, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz a todas las partes involucradas en el presente trámite incidental.

NOTIFÍQUESE POR EL MEDIO MAS EXPEDITO EN EL TÉRMINO DE LA DISTANCIA Y CUMPLASE



LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA
Juez