

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D. C., nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001 40 03 057 2019 00807 00

Este Despacho mediante fallo de tutela adiado 24 de septiembre de 2019 amparó los derechos fundamentales del accionante, ordenando a la EPS Famisanar la entrega de los medicamentos diclofenaco sódico 1G/100 G geles y galeas, cantidad 12 tubos, por 3 meses, conforme la Fórmula Médica No. 20190621190012743484 y el Diclofenaco (Voltarén) gel 1% tubo por 100 G, según orden médica adiada 21 de junio de 2019, a través de una IPS adscrita a su red prestadora de servicios, y en ausencia de aquella por intermedio de una entidad particular.

Por su parte, el incidentante, mediante escrito radicado el 18 de octubre de 2019, solicitó se diera aplicación a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto la EPS acusada no ha dado cumplimiento a la sentencia anteriormente referida.

En consecuencia, se solicitó al señor Elías Botero Mejía en su calidad de gerente general de la EPS acusada que cumpliera el fallo adiado el 24 de septiembre del año pasado, frente a lo cual, a través de memorial presentado el 19 de noviembre señaló que el medicamento Voltarén GEL se encuentra discontinuado, sin embargo por auto proferido en la misma fecha, se le requirió para que aportara al Despacho el concepto médico mediante el cual se determinó el cambio de la alternativa terapéutica de la medicina diclofenaco sodio 1G/100 G geles y jaleas, cantidad 12 tubos, por 3 meses y el Diclofenaco (Voltarén) gel 1% tubo por 100 G, ante lo cual, presentó un concepto médico de fecha 5 de diciembre de 2019 donde se advierte la formulación del Diclofenaco sódico geles y jaleas 1G/100 GR para aplicación cada 8 horas,

Por auto del 4 de febrero de 2020 (página 122 del expediente escaneado), y en aplicación de lo previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, se solicitó al Personero Distrital, al Procurador General de la Nación y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que exigieran al señor Botero Mejía Elías en su calidad de Gerente general de la EPS encartada cumplir la sentencia del 24 de septiembre de 2019.

Seguidamente por auto del 17 de febrero (página 143), se dio apertura a este trámite, en razón del incumplimiento de lo ordenado por este Despacho, en cuanto a la provisión de las medicinas denominadas diclofenaco sódico 1G/100 G geles y galeas, y el Diclofenaco (Voltarén) gel 1% tubo por 100 G ordenadas a favor del señor José Oliverio Rubio Cortes.

Una vez notificado del mencionado proveído, mediante su Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS Famisanar, solicitó el archivo de este trámite, por cuanto dio cumplimiento a lo aquí ordenado, en razón a que

aportó comprobantes de entrega del Diclofenaco Gel en lo corrido del año 2020, sin embargo, indica que el medicamento en denominación marca Voltarén no lo puede entregar por cuanto se registra que este producto se encuentra discontinuado conforme el soporte que también adjunta a su contestación.

Por auto del 2 de marzo (página 156), se ordenó la vinculación a este trámite de la señora Elizabeth Fuentes Pedraza en su calidad de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS Famisanar S.A.S, quien una vez impuesta del auto que abrió el presente incidente, indicó que el medicamento Voltarén actualmente no está siendo comercializado en el canal institucional desde el pasado 1 de agosto de 2019, por lo que, en el mes de diciembre de 2019 le notificó al médico tratante del accionante dicha situación, quien según la historia clínica adjunta, le informa al paciente que *“...es indicado cambiar nuevamente el medicamento se le indica solicitar cita extra para atenderlo el día de hoy sin embargo paciente refiere que no acepta sacar cita y no acepta cambio de medicamento y que le deben entregar orden de medicamento como aparece en la tutela”*.

Por auto del 16 de septiembre de 2020, se abrió a pruebas el asunto, y se le requirió para que aportara la historia clínica **actualizada** del señor José Oliverio Rubio Cortes donde se observara la reformulación (segunda opción) de medicamento DICLOFENACO (VOLTARÉN) GEL 1% tubo por 100G como quiera que según el informe de data 5 de diciembre de 2019,¹ el médico tratante advirtió el cambio de dicha medicina, pero no se señaló el nombre del nuevo medicamento, además, se le conminó para que acreditara su entrega.

Por escrito remitido mediante correo electrónico (21 de septiembre de 2020) la EPS acusada aportó la historia clínica requerida, y acreditó la entrega del medicamento Diclofenaco 1% GEL.

No se presta a discusión que el incidente de desacato se instituyó con el fin de acreditar el cumplimiento de la decisión proferida por el Juez de Tutela, no sólo se trata de ejercer un poder en cuanto al amparo de las prerrogativas invocadas dentro del trámite preferente, sino convalidar la efectiva ejecución de los resuelto, y dentro del término establecido, en pro de asegurar la cobertura de dicho amparo a favor de quien se concedió este (Decreto 2591 de 1991).

Así lo ha precisado La Corte Constitucional frente al fin del incidente de desacato *“...lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada; de suerte que no se persigue reprender al renuente por el peso de la sanción en sí misma, sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvencción cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados”*.² Siendo la labor del Juez *“examinar si la orden proferida para la protección de un derecho fundamental fue*

¹ Se advierte que esta es la fecha que corresponde a la historia clínica aportada, y no como erróneamente quedo descrita en auto de fecha 16 de septiembre de 2020 (5 de diciembre de 2012).

² Sentencia SU034 de 2018

cumplida, o no, por su destinatario, en la forma prevista en la respectiva decisión judicial”³.

Frente al cumplimiento de la orden dada en el fallo del amparo en sentencia T- 652 de 2010 señaló que la responsabilidad que se deriva de su no cumplimiento es *“... es una figura accesorio de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela”.*

Siendo entonces necesario determinar **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, **iv)** y si se presentó negligencia comprobada por parte de los encargos en el cumplimiento del fallo de tutela, pues *“... todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato’ ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela, pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de ‘todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento’ del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.”* (Sentencia T-606 de 2011 y Sentencia SU 034 de 2018)

EN EL CASO CONCRETO

En el *sub-judice* acontece, que frente a los requerimientos efectuados a los señores Elías Botero Mejía y Elizabeth Fuentes Pedraza en sus calidades de Gerente General y Directora de Gestión del Riesgo Poblacional respectivamente de la EPS Famisanar S.A.S, y una vez impuestos de la apertura del incidente de desacato, de acuerdo a lo previsto en los artículos 291 y 292 del CGP, diligencias que se dirigieron al correo electrónico notificaciones@famisanar.com.co, mediante contestaciones proferidas por la señora Elizabeth Fuentes Pedraza, solicitaron el archivo de las diligencias, en la medida que se efectuaron la entrega de los medicamentos diclofenaco sódico (escrito remitido el 19 de marzo), y diclofenaco gel (escrito remitido el 21 de septiembre), sin embargo, afirman que el diclofenaco Voltarén no lo entregan, no por negligencia, sino porque el laboratorio notificó la no comercialización de dicho insumo.

Observando el trámite adelantado en esta instancia, las contestaciones proferidas por la EPS encartada, la historia clínica del accionante José Oliverio Rubio Cortes, se advierte que no es del caso sancionar a los señores Elías Botero Mejía y Elizabeth Fuentes Pedraza en sus calidades de Gerente General y Directora de Gestión del Riesgo Poblacional respectivamente de la EPS Famisanar S.A.S por desacato.

³ Ibidem

La EPS Famisanar a lo largo de este trámite de desacato, argumento que el medicamento Diclofenaco (Voltarén) gel 1% tubo por 100 G, fue retirado del portafolio institucional, según el documento denominado “Referencia: Aviso de retiro de medicamento de portafolio institucional”, (página 57 expediente escaneado) cuyo tenor se lee: “...a partir del 1 de agosto de 2019, GKS dejará de comercializar el producto VOLTAREN®, en todas sus presentaciones, en el canal institucional (...) Recordamos que, VOLTAREN® no es dominante en el mercado y cuenta con varios sustitutos de diferentes laboratorios para satisfacer la demanda”, - resalta el despacho- y para tal efecto aportó concepto médico de fecha 5 de diciembre de 2019 (página 106), proferido por la profesional (Medico General) la Dra. Diana Esperanza Bohórquez Gómez en los siguientes términos “...asiste a consulta para reformulación de analgésico ordenado por tutela (...) por respuesta de Famisanar que indica que a partir del 01/08/2019 no se comercializa y sugieren segunda opción de medicamento voltarén 1% 100 GR se realiza cambio de la formula y regresa al 10/10/2019 con nota de Famisanar indican que no está comercializando, el paciente asiste varias ocasiones insistiendo que se le reformule con la marca Voltarén Gel y advierte que va a generar tutela (...) paciente acude el 05/12/2019 se le indica solicitar cita extra para dejar registro en historia clínica y realizar cambio de medicamento paciente refiere que no acepta cambio de medicamento y que le deben entregar orden de medicamento como aparece en tutela se realiza orden MIPRES diclofenaco sódico geles y jaleas 1G/100 GR”, de estas documentales, no se advierte negligencia comprobada por parte de los incidentados que conlleve a la imposición de las sanciones previstas por desacato, como quiera que se han adelantado actuaciones en pro de acreditar el cumplimiento del fallo de tutela.

Pues fíjese que si bien, el medicamento Diclofenaco (**Voltarén**) gel 1% tubo por 100 G no sería más comercializado desde el 1 de agosto de 2019, lo cierto es que dicha situación fue puesta en conocimiento del paciente (hoy incidentante) a través de su médico tratante, según se lee de la historia clínica aportada por la EPS encartada (página 476), quien además le señaló que para la reformulación de dicha medicina para tratar las dolencias que le aquejan debido a su patología, era necesario “...solicitar cita extra y poder solucionar el problema y si es indicado cambiar nuevamente el medicamento se le indica solicitar cita extra para atenderlo el día de hoy”, frente a lo cual, el accionante se negó en razón a que la medicina debía otorgarse conforme lo ordena el fallo de tutela, sin embargo, por valoración efectuada el día 18 de marzo de 2020, la profesional de la salud (Dra. Diana Esperanza Bohórquez Gómez) señala que ahora el tratamiento del paciente con diagnóstico de Trastorno de Disco Lumbar y otros con Radiculopatía (señalado en el escrito de tutela que dio origen a la medicina reclamada por esa vía), sería con las medicinas denominadas citicolina 250 MG ampollas, y diclofenaco gel 1 G/100G (página

486 ibidem),⁴ y según la fórmula médica de fecha 7 de septiembre, son lo que el médico ha provisto para tal efecto, de los cuales, sólo se acreditó la provisión de este último, según constancia de recibido de medicamento de fecha 10 de septiembre de 2020, reclamado por el señor José Rubio según firma impuesta en dicho documento.

Luego, al no verificarse un actuar negligente - responsabilidad subjetiva-⁵ por parte de los encargados del cumplimiento del fallo de tutela, de cara a acreditar la provisión de las medicinas ordenadas a favor del actor, atinentes al diclofenaco sódico 1G/100 G geles y galeas, cantidad 12 tubos, por 3 meses, conforme la Fórmula Médica No. 20190621190012743484 y el Diclofenaco (Voltarén) gel 1% tubo por 100 G, según orden médica adiada 21 de junio de 2019, de las cuales, en todo caso se acreditó la provisión del primero según el informe proferido el 16 de septiembre de los cursantes por uno de los funcionarios de este Despacho Judicial,⁶ y pese a que el segundo no fue entregado, dicha negativa no se debió a un actuar omisivo o negligente por parte de los incidentados, tal y como se explicó en líneas precedentes, al contrario, se debió a una situación ajena, como lo fue la no comercialización del activo Voltarén, sin embargo, no se quedó allí, sino que se proveyó un nuevo concepto médico donde se determinó la variación del tratamiento farmacéutico con el fin de mejorar las dolencias que presenta el paciente, de acuerdo a lo descrito por la galeno tratante, quien es la única persona facultada para variar o cambiar la prescripción médica,⁷ y quien determinó como



5 Sentencia T-763 de 1998 “... Es el desacato 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”.

6



7 Sentencia T-345 de 2013 “... La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

segunda opción la citicolina 250 MG ampollas día intermedio, y el diclofenaco gel 1 G/100G como los medicamentos para tratar dicha dolencia.

Ahora bien, y como quiera que, de los mencionados, sólo se certificó la entrega del diclofenaco gel 1%, la no imposición de las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, no exime a los incidentados de acreditar la entrega a favor del señor Rubio Cortes de la denominada citicolina 250 MG ampollas, en pro de cumplir de manera integral el fallo de tutela.

Con fundamento en las anteriores consideraciones llega el Despacho a las siguientes conclusiones: **i)** que evidentemente la EPS Famisanar a través de los señores Elías Botero Mejía y Elizabeth Fuentes Pedraza en sus calidades de Gerente General y Directora de Gestión del Riesgo Poblacional respectivamente de la EPS Famisanar, son los responsables del acatamiento de la orden dada en Sede de Tutela, **ii)** se presentó un incumplimiento **parcial** a lo resuelto en el referido fallo, ya que sólo se acreditó la entrega de la medicina diclofenaco sódico 1G/100 G geles y galeas - Fórmula Médica No. 20190621190012743484 - según informe de fecha 16 de septiembre de los cursantes, y en cuanto al segundo medicamento (DICLOFENACO (VOLTARÉN) GEL 1% tubo por 100 G), sin bien no se comprobó su entrega, no fue por un actuar negligente de los encartados responsables del cumplimiento del fallo de tutela, al contrario, se verificó una actuación en pro de salvaguardar el derecho a la salud del petente, pues se verificó la reformulación de la medicina que ya no estaba siendo comercializada, y que fue objeto de amparo inicial, sin embargo, y como quiera que de la reformulación, solo se acreditó la entrega del diclofenaco gel 1% sin constatare la provisión de la citicolina 250 MG ampollas, alternativas descritas por el médico tratante, se deben adoptar las medidas necesarias para que se cumpla en fallo de tutela, esto es, requerir a los incidentados para que certifiquen la entrega de la que no se verificó su provisión.

En consecuencia, y como quiera que es deber de la entidad accionada acatar la orden impartida en sentencia, se requerirá para que a través de los incidentados acrediten la entrega de la citicolina 250 MG ampollas a favor del señor José Oliverio Rubio Cortes.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de imponer sanción a los señores ELÍAS BOTERO MEJÍA identificado con la CC No. 79146216 y ELIZABETH

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente”.

FUENTES PEDRAZA en sus calidades de Gerente General y Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS Famisanar S.A.S respectivamente, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a los señores ELÍAS BOTERO MEJÍA identificado con la CC No. 79146216 y ELIZABETH FUENTES PEDRAZA en sus calidades de Gerente General y Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS Famisanar S.A.S respectivamente, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación acrediten la entrega de la citicolina 250 MG ampollas a favor del señor José Oliverio Rubio Cortes. **Ofíciase.**

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes intervinientes en este asunto, por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ**

Firmado Por:

**MARLENE ARANDA CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

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:

1c30f3b223193ff4ca67fa5b647d6cfe1365eac856e4d1f2bd59227adf51f18f

Documento generado en 11/10/2020 06:15:14 p.m.