

INFORME SECRETARIAL: Palmira (V.), 13-marzo-2023. A despacho el trámite de consulta de desacato proveniente del Juzgado Cuarto Civil Municipal de la ciudad. Este expediente fue recibido el viernes 10-marzo-2023 a las 10:50, a.m. Días 11 y 12 son inhábiles, no corren términos. Sírvasse proveer.

DEISY NATALIA CABRERA LARA
Secretaria

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Palmira (V.), catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Asunto: Consulta Sanción por desacato
Accionante: GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ, C.C. No. 59.797.543
Accionado: Emssanar EPS
Rad. Incidente: 76-520-40-03-004-2022-00249-01

OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA

Procede el Juzgado mediante esta providencia a resolver el **GRADO DE CONSULTA** en el INCIDENTE DE DESACATO derivado de la ACCIÓN DE TUTELA promovida por la señora **GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ** identificada con la cédula de ciudadanía No. **59.797.543** de Florida, Valle del Cauca, actuando en nombre propio, contra **EMSSANAR S.A.S. E.P.S.-S.**

HECHOS Y TRÁMITE INCIDENTAL

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de la ciudad, mediante **sentencia No. 103 del 08 de agosto de 2022** (ver ítem 01 anexo del incidente) ordenó a EMSSANAR ESS la autorización de: **A)** Cirugía reconstructiva con colgajo micro vascular para defecto de cobertura posterior a apertura de comisura y tenotomías de primer grupo interósea, paquetes microquirúrgicos especificados, lo cual no ha sido realizado.

Como quiera que la actora solicitó dar inicio al desacato, una vez realizados los trámites de rigor, se dispuso mediante **auto No. 572 de 08 de marzo de 2023** (ítem 13 mismo cuaderno) **sancionar** por desacato con **arresto** de **cinco (5) días** y una **multa equivalente a 0,56 salarios mínimos legales mensuales vigentes** a los Doctores **JOSÉ EDILBERTO PALACIOS LANDETA C.C. No. 79.596.907, FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ. C.C. 27.276.174, NANCY ROCIO**

CAICEDO ESPAÑA C.C. 30.741.912, ALFREDO MELCHOR JACHO MEJÍA C.C. No. 13.011.632, SIRLEY BURGOS CAMPIÑO C.C. N° 31.175.576, quienes ostentan la calidad de representantes legales para Acciones de Tutela de **EMSSANAR S.A.S. E.P.S-S., COMPULSAR** copias de esta decisión con destino a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a efectos de que se investigue el posible delito de fraude a resolución judicial en que pudieron haber incurrido, por considerar que a pesar de lo ordenado, no se ha cumplido a cabalidad la sentencia concedida a favor de la señora Gladys Irene Obando Gómez.

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO. Le corresponde a esta instancia el determinar ¿si es procedente confirmar el **auto No. 572 de 08 de marzo de 2023, consultado** dentro de este expediente? A lo cual se contesta en sentido **negativo** por las siguientes consideraciones.

Se parte de tener en cuenta que el Incidente de Desacato es el instrumento jurídico mediante el cual la parte perjudicada con el incumplimiento de una orden Judicial de carácter constitucional, proferida dentro de una acción de tutela, solicita al respectivo Juez que imponga las correspondientes sanciones **ante la renuencia a ejecutar o realizar el mandato contenido en la sentencia respectiva.** Decisión que amerita el grado de consulta jurisdiccional de consulta (art. 52 decreto 2591 de 1991), es decir oficioso, ante el superior jerárquico, en orden a garantizar el cumplimiento del debido proceso.

Así, el juez que conoce del grado de consulta, debe verificar **si se ha surtido en legal forma el trámite correspondiente**, esto es, **sí se ha respetado el debido proceso y si se ha incumplido la orden de tutela** lo cual debe valorarse bajo los parámetros de la responsabilidad subjetiva conforme lo prevé la Corte Constitucional (sent. T-459 de junio 5/2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño). Así, se debe conocer con certeza la orden impartida por el Juez de tutela y si su incumplimiento obedece a una actitud contumaz del accionado o si existe alguna justificación para su incumplimiento, evento en el cual no habría lugar a imponer sanción.

Teniendo en cuenta lo dicho, y analizado el caso de la accionante **GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ**, encuentra la instancia que el Juzgado de instancia, agotó las etapas establecidas para el trámite, y la entidad accionada fue notificada

debidamente y se les adjuntó copia de los traslados respectivos, y finalmente dispuso sancionar a los Doctores José Edilberto Palacios Landeta, Fernanda Bravo Ordoñez, Nancy Roció Caicedo España, Alfredo Melchor Jacho Mejía, Sirley Burgos Campiño, lo cual quiere decir que los mencionados representantes de la hoy accionada, sí conocía de la existencia del trámite incidental, sin embargo, **no se ocupó de acreditar el cumplimiento** de lo ordenado a favor de la paciente **GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ** quien es sujeto de especial protección constitucional por razón de su género¹, y su estado de salud dado que presenta **AMPUTACIÓN TRAUMÁTICA DE DOS O MÁS DEDOS** obsérvese cómo la accionante indicó que actualmente no le han realizado la cirugía que requiere (ver ítem 01 y 12).

Encuentra esta instancia que fue acertada la decisión emitida por el juez *A Quo*, toda vez que en el trámite adelantado en favor de la señora **GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ**, está probado que no ha sido cumplida la orden de tutela que fue clara: a) Cirugía reconstructiva con colgajo micro vascular para defecto de cobertura posterior a posterior a apertura de comisura y tenotomías de 1er grupo interósea, paquetes microquirúrgicos especificados, **del cual se sabe que no ha sido efectivamente practicado a la paciente** la cirugía reconstructiva con colgajo micro vascular para defecto de cobertura posterior a apertura de comisura y tenotomías de primer grupo interósea, paquetes microquirúrgicos especificados, pese a haber sido ordenada por el médico tratante, adscrito a la red prestadora de servicios de la EPS accionada.

Manifestación del despacho que tiene sustento dado que, ante la negación indefinida de la accionante, se desplaza la carga de la prueba, de modo que a la parte accionada le correspondía desvirtuála, empero guardó silencio. Sanciones cuyo fin no es otro que procurar el cumplimiento de una decisión judicial que busca proteger a una persona enferma.

En ese orden de ideas se ha incurrido en demoras injustificadas para la prestación efectiva de lo ordenado, lo que prueba que la atención en salud ha sido inoportuna, opuesta al principio de **eficiencia** que el artículo 2 de la ley 100 de 1993 prescribe, a pesar de tratarse de un sujeto de especial protección constitucional.

Cabe precisar que dentro de la sentencia No. 103 del 8 de agosto del 2022 vista a **ítem 1**, fl 10 de la actuación de primera instancia que da sustento a la presente actuación judicial se dispuso que la EPS accionada **autorizara y practicara** el

¹ ver ítem 1 Folio 02

procedimiento quirúrgico que la accionante requiere. Que a **ítem 12** de la actuación judicial de primera instancia la secretaría del mismo juzgado dejó constancia que llamó a la hoy incidentalista y así supo que la cirugía fue autorizada para ante el Hospital Universitario del Valle y así se verifica a **ítem 8, fl 3** del expediente, pero no la habían operado aún.

Al respecto cabe precisar que de acuerdo con las funciones asignadas por la **ley 100 de 1993, artículo 178**, las EPS no tiene a cargo la prestación directa del servicio de salud, dice esa norma:

"ARTICULO 178.Funciones de las Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." (negrillas del juzgado)

En su lugar el **artículo 185 inciso 1** de la misma ley dispone:

"ARTICULO 185.Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley. "

Sirva lo anotado para considerar que no se puede sancionar a los funcionarios responsables de EMSSNAR S.A.S. EPS por no practicar una cirugía siendo que no

está llamada a prestar directamente el servicio de salud. Que dicha función prestadora del servicio quirúrgico corre a cargo del Hospital Universitario del Valle, quien integró la parte accionada en el fallo de No. 103 del 8 de agosto de 2022, pero contra ella no se decidió nada.

Podría pensarse que si bien las EPS no pueden prestar el servicio de salud, sí tienen la función de velar por la debida prestación del mismo a sus afiliados, al tenor del numeral 6 del mencionado artículo 178, empero en el fallo cuyo cumplimiento se pretende no se dispuso con relación a esa norma, ni el mismo ha sido objeto de **modulación** por el despacho que lo emitió, ni puede esta instancia modificarlo en sede de consulta.

Prosiguiendo se recuerda como al decir de la Corte Constitucional v.gr. en su auto **A-269 del 1 de junio de 2021** (M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS)², los fallos de tutela pueden ser modulados para procurar su efectividad, sostuvo ella:

“9. Para pronunciarse sobre esta petición de modulación, el juez de primera instancia debe tener en cuenta que, mientras la *decisión* de amparo del derecho fundamental es inmutable, las *órdenes* adoptadas para asegurar su protección pueden ser moduladas por él, en tanto juez competente respecto del cumplimiento, aún cuando dichas órdenes hayan sido proferidas por la Corte Constitucional^[28].

10. No obstante, es importante subrayar que la modulación solo procede en forma excepcional y ante la necesidad de “*modificar o alterar aspectos accidentales del remedio dispuesto para evitar que se siga violando o amenazando el derecho fundamental de una persona que ha reclamado su protección, siempre y cuando lo haga en aquellos casos en que sea necesario para asegurar el goce efectivo del derecho y dentro de los límites de sus facultades*”^[29].

11. Si bien la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de modular el fallo cuando sea imposible cumplir con lo ordenado, también ha precisado que “*se debe tratar de una verdadera imposibilidad, [pues] no cualquier dificultad para cumplir una obligación implica que esta deba ser tenida por imposible*”^[30]. Al respecto, cabe agregar que la imposibilidad no debe derivarse de las actuaciones o medios elegidos por los obligados a cumplir el fallo para alcanzar el objetivo fijado por la sentencia de tutela.

12. Ahora bien, si la imposibilidad se acredita debidamente, las modificaciones efectuadas por el juez de primera instancia deben seguir rigurosamente las siguientes reglas, formuladas en la sentencia T-086 de 2003 y reiteradas ulteriormente^[31]:

- i) La facultad de modificación debe ejercerse con la *finalidad* precisa de lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

² <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2021/A269-21.htm>

- ii) Al juez le es dado alterar la orden en sus *aspectos accidentales*, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.
- iii) La nueva orden que se profiera, debe *buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.* "

Cabe añadir que acorde a la constancia secretarial dejada en el expediente por el personal de esta segunda instancia, la accionante refirió que tiene cita el 24 de abril próximo con el médico ortopedista quien definirá si la pueden operar o el trámite a seguir. En consecuencia se debe asumir que actualmente sí hay voluntad de cumplimiento de la parte incidentada, lo cual descarta la contumacia que permite sancionar.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, Valle del Cauca,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el **auto No. 572 de 08 de marzo de 2023**, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca, contra los doctores **JOSÉ EDILBERTO PALACIOS LANDETA C.C. No. 79.596.907, FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ. C.C. 27.276.174, NANCY ROCIO CAICEDO ESPAÑA C.C. 30.741.912, ALFREDO MELCHOR JACHO MEJÍA C.C. No. 13.011.632, SIRLEY BURGOS CAMPIÑO C.C. N° 31.175.576**, quienes ostentan la calidad de representantes legales para Acciones de Tutela de **EMSSANAR S.A.S. E.P.S-S.**, dentro de la acción de tutela que fuera promovida por la señora **GLADYS IRENE OBANDO GÓMEZ** identificada con la cédula de ciudadanía No. **59.797.543** de Florida, Valle del Cauca, actuando en nombre propio, contra **EMSSANAR S.A.S. EPS, en consecuencia se abstiene de sancionar** dentro del presente trámite.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes la decisión aquí adoptada.

TERCERO: Ordenar la **DEVOLUCIÓN** de las presentes diligencias al juzgado de origen.

CÚMPLASE,

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA
Juez

H.r.j

Firmado Por:
Luz Amelia Bastidas Segura
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

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: **101d2f256b0ce346ecd101fed8001977432b653a572022710e8d9db63af68f05**

Documento generado en 14/03/2023 03:10:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>