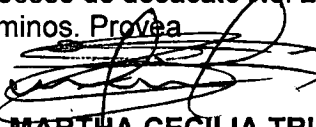


Interlocutorio Civil No. 0149

SECRETARIA.- La Macarena Meta, doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
Al despacho del señor Juez proceso de desacato No. 2021 00043 00, informándole que fue
contestada la demanda en términos. Provea


MARTHA CECILIA TRIGOS
Secretaria

JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LA MACARENA META, doce (12) de agosto
de dos mil veintiuno (2021)

PROBLEMA JURIDICO.

Entra el despacho a decidir lo que en derecho corresponda respecto del incidente de
Désacato, formulado por la señora YADIRA ORTEGA ROJAS, adelantado contra capital
salud EPS-S, por incumplimiento a fallo de tutela.

I. ANTECEDENTE.

1. De los Hechos.

La Incidentante YADIRA ORTEGA ROJAS, expone:

"Ordenar a CAPITAL SALUD EPS, para que, dentro del término de 48 horas, si no lo ha hecho, realice la autorización de los
procedimientos de RECONSTRUCCION MULTIPLE DE PIE POR MARFOMACION CONGENITA CON FIJACION INTERNA,
ATRODESIS TALONAVICULAR ABIERTA Y OSTEITIMA DE HUESO DEL TARSO CON FIJACION EXTERNA de pie
derecho, ordenados por el médico tratante debido a la enfermedad diagnosticada DEFORMIDAD EN AMBOS PIES, PIES
PLANOS" al menor de edad WILSON TIQUE ORTEGA...

2. De las Peticiones.

Con fundamento en lo dispuesto en el art. 52 y 53 del decreto 2591/1991, solicita se ordene:

- 1.- El arresto hasta por seis meses de la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD.
- 2.- Multar hasta por 20 smlmv a la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD.
- 3.- Compulsar copias a la fiscalía General de la Nación para que investigue la posible
comisión del delito de FRAUDE A RESOLUCION JUDICIAL...

4.-...

5.- Ordenar a la EPS CAPITAL SALUD autorizar el procedimiento de RECONSTRUCCION
MULTIPLE DE PIE POR MALFORMACION CONGENITA CON FIJACION INTERNA,
ATRODESIS TALONAVICULAR ABIERTA Y OSTEITIMA DE HUESO DEL TARSO CON
FIJACION EXTERNA de pie derecho, ordenados por el médico tratante debido a la
enfermedad diagnosticada DEFORMIDAD EN AMBOS PIES, PIES PLANOS al menor de
edad WILSON TIQUE ORTEGA.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

Este Juzgado mediante sentencia No. 014 de junio 08 de 2021, profirió fallo en primera instancia dentro de la Acción de tutela No. 503504089001 -2021 -00021.-00, a favor de la señora YADIRA ORTEGA ROJAS en representación legal de su menor hijo Wilson Tique Ortega y en contra de la CAPITAL SALUD EPS-S, tutelando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

A consecuencia de la solicitud de Desacato elevada por la señora Yadira Ortega Rojas, por incumplimiento al fallo de tutela, este Juzgado con auto de fecha julio 28 de 2021 y previo a dar inicio al incidente de desacato, dispone requerir al Superior Jerárquico de la EPS CAPITAL SALUD, representada por su Gerente a nivel Nacional y Regional Meta, para que en un término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del auto, dé cumplimiento al fallo de tutela del cual no se interpuso recurso.

Posteriormente, con auto del 04 de agosto de 2018, procedió a dar apertura al incidente de desacato, concediéndole un término de tres (3) días hábiles, para que la accionada EPS CAPITAL SALUD conteste la demanda, pida las pruebas que pretenda hacer valer y acompañe los documentos que se encuentren en su poder.

Contestación de la Incidentada.

La EPS CAPITAL SALUD, en escrito radicado el día 06 de agosto del presente año, solicita archivar el proceso, toda vez que Capital Salud EPS-S, ha garantizado los derechos de la accionante y ha emitido la respuesta requerida, tal como se evidencia en el cuerpo de este escrito:

Así las cosas y habiendo observado el despacho que se dictó un fallo de rango Constitucional, la entidad accionada EPS CAPITAL SALUD, continúa desconociendo la ordenanza del mismo y sus alcances, sustrayéndose de dar cumplimiento, dejó pasar el término previo ordenado para que presentara sus fundamentos jurídicos por el incumplimiento y se vino a pronunciar hasta el día 06 de agosto de este año habiéndosele comunicado desde el 28 de julio de 2021 como consta en el expediente.

La señora Yadira Ortega Rojas, en su oportunidad y a través de la acción de tutela, consideró que se le estaban desconociendo los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su menor hijo Wilson Tique Ortega, por lo cual, requirió por intermedio de este Despacho, se le garantizaran los mismos y se le ordenara a la EPS CAPITAL SALUD cumplir lo ordenado en dicho fallo.

III. CONSIDERACIONES.

Se tiene que la acción de tutela nace en nuestra Constitución Política, concretamente en su art. 86, reglamentada posteriormente por el Decreto 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000. Se trata de un mecanismo creado con el único fin de buscar la protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por la acción de los particulares en los casos previstos legalmente. Se caracteriza de cualquier otra acción por la subsidiaridad e inmediatez.

Esta acción no es otra instancia judicial, tampoco una vía paralela o alternativa de solución de conflictos y menos puede utilizarse para sustituir al juez ordinario; además, no es una tercera instancia, se trata de un mecanismo residual o subsidiario, como se desprende del art. 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991, de ahí que se cuenta con otro mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En términos del art. 48 de la Constitución Nacional, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia y solidaridad, en la forma que establece la Ley.

La jurisprudencia Constitucional, ha señalado que el derecho a la salud, garantizado en el art. 49 de la Carta Política, cuando se encuentre en conexidad con el derecho a la vida, siendo este de primera generación por convertirse en su derivado esencial, recibirá el trato de derecho fundamental y esta circunstancia le asiste a toda persona humana desde el mismo momento de la concepción hasta su muerte.

En consecuencia, ello implica la conservación plena de sus facultades físicas, mentales y espirituales, para lo cual se anteponen los medios ordinarios a su alcance en procura de contra restar los males que puedan aquejar a la persona humana.

No cabe duda entonces, que cuando este tipo de tropiezos jurídicos emanen de la atención de los vinculados al régimen de seguridad social en salud y se deniegue su atención con argumentos fuera de contratación, los derechos fundamentales deben primar con su apreciación ontológica, sobre cualquiera de los otros derechos pregonados en la Carta y en consecuencia, no queda menos que protegerlos, si es preciso para ello, inaplicando la legislación que impide la prestación del servicio excluido, fundamentado en el art. 4º de la Carta Política.

Así las cosas, la acción de tutela está llamada a prosperar, no solo ante circunstancias graves que puedan comprometer la existencia biológica de una persona o que ponga al borde de la muerte, sino frente a eventos que, a pesar de ser de menor gravedad, perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, según cada caso específico.

Se ha indicado en la jurisprudencia que no hay que esperar a que un nuevo evento se avecine para proteger el derecho de quien, en condiciones de debilidad manifiesta, difunde su incapacidad económica para acceder tratamiento completo y del cual anuncia su insolvencia económica para realizar por sus medios, pues de hecho, ello truncaría los postulados constitucionales protegidos en los arts. 1, 11, 48 y 49 de la Constitución Política, y que entre otras cosas, fueron reconocidos internacionalmente en el art. 22 de la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos y art. 9 de la Ley 74 de 1998, por consiguiente, en cuanto a la determinación de peligro inminente de vulneración en el evento indicado, esta instancia no debe apartarse de su protección y amparo.

También, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha referido que las entidades promotoras de salud están llamadas, incluso, a inaplicar la norma reguladora del sistema general de seguridad social en salud cuando ésta interfiere ante una prestación de servicio que pone en riesgo los derechos inalienables de la persona humana, como la vida o los derivados de aquélla, recalcando estos planteamientos, entre otros, en la sentencia T-328 de 1993 y T-136 de 2004.

En estas circunstancias y teniendo como derroteros estos trazados jurisprudenciales, al igual que hoy, en muchas ocasiones no se ha encontrado razón alguna para que las empresas promotoras de salud denieguen este tipo de tratamiento en detrimento de la salud de sus afiliados, máxime que la normatividad en seguridad social en salud ha concedido facultades de recobro ante el Estado en aplicabilidad a la resolución 2933 de 2014 del Ministerio de la Protección Social.

De este modo, dicha negativa menoscaba el derecho a una vida en condiciones de dignidad cuando se evita por todos los medios la efectividad en concreto de los tratamientos ordenados por los profesionales tratantes, se incrementa esa vulnerabilidad cuando se carece de esos datos precisos respecto de una patología y las consecuencias que puede producir en el organismo afectando sin que se aporte los medios precisos para contrarrestarla.

Es así, que, de los derechos tutelados en el folio de la tutela, el derecho a la vida está consagrado en el art. 11 Constitucional, anotándose que el mismo es inviolable y en el 49 se dice que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, garantizándose a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Es la vida, sin lugar a dudas el derecho fundamental por excelencia, ya que, por la existencia del ser, es por lo que se puede pregonar la existencia de los demás derechos del hombre, razón suficiente para que la constitución política consagre su protección en el preámbulo y en sus arts. 1, 2 y 11, siendo responsabilidad de las autoridades velar por su protección.

El derecho a la vida no involucra solo la existencia biológica, si no que a ella está vinculada la posibilidad de que las personas desarrollen a plenitud todas sus facultades y funciones orgánicas; es decir, no basta con existir, es necesario que el ser humano este rodeado de todo aquello que se requiere para una subsistencia digna, aspecto este al que en múltiples oportunidades como se anotó, sea referido la Corte Constitucional concluyendo que no es solo el peligro inminente de la muerte el que amenaza el derecho a la vida, si no también cuando esta no es conservada en condiciones dignas.

De otro lado, en materia de seguridad social, la Ley 100 de 1993 en su Art 157 literal A, numeral 2 indica que los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el art. 211 de la misma Ley, son las personas, sin la capacidad de pago para cubrir el monto de la cotización. Serán subsidiadas en sistema de seguridad social en salud, la población más pobre y vulnerable del país.

Por su parte, el acuerdo 08 de 2009 de la comisión de regulación en salud comporta el plan obligatorio en salud y derogó el 306 de 2005, emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de contera enriendase que todo procedimiento que verse sobre su legítimo derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, recae la responsabilidad de su protección en cabeza del Estado por mandato Constitucional, concluyéndose entonces, que es responsabilidad de La EPS CAPITAL SALUD, prestar todo lo necesario para que se le garantice a la señora YADIRA ORTEGA ROJAS el acceso al tratamiento que amerite según prescripción médica sujeto que requiere de especial protección del Estado y que requiere de un tratamiento integral en su salud; para tal fin, todos los tratamientos, procedimientos, medicamentos o suministros que necesite para tener un estilo de vida digno según lo determine el médico tratante y especialista, sin menos cobro ni dilaciones o traumatismos de las demás atenciones que ello deriven.

En palabras, la Corte Constitucional dijo, el desacato hace referencia al incumplimiento a cualquier orden proferida por el Juez con base en las facultades que se le otorgan dentro del trámite de la acción de tutela y con ocasión de la misma situación que faculta al operador judicial para imponer la respectiva sanción; ello en el contexto de sus poderes disciplinarios, asimilados a los que le concede al juez civil el numeral 2 del art. 39 del Código de Procedimiento civil.

En otros términos, el alto Tribunal Constitucional ha señalado que el desacato "no es otra cosa que el incumplimiento de una orden proferida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión del trámite de una acción de tutela, figura jurídica que se traduce en una "medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidas para proteger de manera efectiva derechos fundamentales".

Así el incidente de desacato, es un mecanismo de coerción del que disponen los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el cual se debe ajustar a los principios del derecho sancionador, garantizando el debido proceso al disciplinado. De esta manera, el solo incumplimiento del fallo no implica per se la imposición de la sanción, pues es necesario que se encuentre acreditada la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplirlo.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-086/2003, señaló que el juez que decide la consulta debe comprobar dos asuntos estrechamente relacionados, pero diferentes, a saber: I) verificar si hubo un incumplimiento y si éste fue total o parcial, con el fin de "identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido" y, una vez verificado dicho incumplimiento, II) analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, esto es, "corroborar que no se ha presentado una violación de la Constitución o de la Ley, y asegurar de 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, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia". Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, sistematizó como requisito a ser verificado para la imposición de la sanción por desacato en las acciones de tutela, lo siguiente:

Respecto a los límites, deberes y facultades del juez de tutela que conoce del incidente de desacato, debe precisarse que el ámbito de acción del juez está definido por la parte resolutoria del fallo correspondiente; por lo tanto, es su deber verificar: I) a quién estaba dirigida la orden; II) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; III) y el alcance de la misma. Esto con el fin de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa.

Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificada tal situación irregular, el juez debe encontrar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si existe responsabilidad, deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable a los derechos fundamentales que se han vulnerado.

Al momento de evaluar si existió o no el desacato, el Juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales deben estar siempre avaladas por la buena fe de la persona obligada. En este sentido, conviene recordar los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado como “eximentes” de responsabilidad de los obligados: (i) cuando la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa –porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso–; (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden, pero no se ha dado la oportunidad de hacerlo”

Ahora bien, la Corte Constitucional ha precisado que la finalidad última de dicho incidente, más allá de imponer la mera sanción, es **“lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la “protección” de los derechos fundamentales con ella protegidos**”. De manera que “en caso de que se inicie el trámite de un incidente de desacato y el accionado, reconoce que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor”

Así las cosas, como es de mayor importancia garantizar el cumplimiento de las ordenes que surgen como mecanismo de protección a los derechos fundamentales, la tarea del juez se encamina a sancionar al incumplido, con el fin de corregir su actitud omisiva o su acción desobediente; es decir, proveer la inmediata efectividad de la orden; de lo contrario, las decisiones proferidas por los jueces pasarían a constituir una garantía meramente **“formal”** y no real, quedando su cumplimiento y por consiguiente, el amparo concedido en vía de tutela, al arbitrio de la autoridad o del particular destinatario del fallo.

Caso concreto.

Debe tenerse en cuenta que las órdenes emanadas por el juez de tutela son de estricto cumplimiento, tanto así, que la ley contempla mecanismos que tienen como objeto asegurar el cumplimiento de las sentencias de tutela, las cuales pueden conllevar incluso, la aplicación de sanciones para quienes pretermitan el cumplimiento de la orden, esto es, para quienes se constituyen en desacato a la orden judicial.

La jurisprudencia Constitucional, ha precisado que el desacato, es una conducta que **“mirada objetivamente por el juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido”**.

Como se expuso inicialmente, la sentencia No. 014 de junio 08 de 2021, el juez profirió fallo favorable al actor de la tutela, y ordenó a la EPS CAPITAL SALUD lo siguiente:

“RESUELVE. PRIMERO. - ... SEGUNDO.- ORDENAR a CAPITAL SALUD EPS-S, para que dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo, si no lo ha hecho, realice la autorización de los procedimientos de RECONSTRUCCION MULTIPLE DE PIE POR MALFORMACION CONGENITA CON FIJACION INTERNA, ATRODESIS TALONAVICULAR ABIERTA Y OSTEITIMA DE HUESO DEL TARSO CON FIJACION EXTERNA de pie derecho, ordenados por el médico tratante debido a la enfermedad diagnosticada DEFORMIDAD EN AMBOS PIES, PIES PLANOS al menor de edad WILSON TIQUE ORTEGA”. TERCERO. - ... CUARTO. - QUINTO. - ... SEXTO. - ...”

Al iniciarse mediante providencia de fecha agosto 04 de 2021, el trámite incidental y al encontrar que se desprende la figura de desacato, se convirtió en la última alternativa con la que la señora Yadira Ortega Rojas cuenta para hacer valer sus derechos fundamentales invocados, ya que en modo alguno CAPITAL SLAUD EPS-S, ha dilatado sin ninguna motivación, lo ordenado en el fallo de tutela para el desarrollo de la vida de su menor hijo. A juicio de este Despacho, la intención de dar total cumplimiento al fallo de Tutela, es lo que menos se advierte por parte del representante legal de la accionada Eps Capital Salud, pues desde la fecha de la primera notificación (julio 28/2021) previo al trámite incidental por desacato al fallo de tutela, presentada por Yadira Ortega Rojas, hasta el día 06 de agosto de 2021, la accionada se pronunció, manifestando que había dado cumplimiento al fallo de tutela, garantizando la prestación de todos los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes del menor Wilson Tique Ortega, los cuales han sido debidamente garantizados, por lo que solicita el archivo del proceso.

Pues bien, y claro es que la accionante lo que pretende en el escrito de demanda incidental, es que la incidentada cumpla el fallo de tutela, autorizando el procedimiento de RECONSTRUCCION MULTIPLE DE PIE POR MALFORMACION CONGENITA CON FIJACION INTERNA, ATRODESIS TALONAVICULAR ABIERTA Y OSTEITIMA DE HUESO DEL TARSO CON FIJACION EXTERNA de pie derecho, ordenados por el médico tratante debido a la enfermedad diagnosticada DEFORMIDAD EN AMBOS PIES, PIES PLANOS al menor de edad WILSON TIQUE ORTEGA. Todo lo anterior, demuestra el desinterés de quien está llamado a garantizar su seguridad social en salud, pues bien, conocido es, que así fue ordenado y sobre todo en el numeral "Segundo" del precitado fallo. Fallo proferido de acuerdo a la patología diagnosticada por el médico tratante.

Si nos vamos al art. 52 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario del art. 86 de la Constitución Política) dice:

"La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto, incurrirá en Desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa de 20 SMMLV, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar".

Se tiene que la empresa accionada EPS CAPITAL SALUD regional Meta y General a nivel Nacional, recibe las notificaciones y traslados ordenados; para lo cual, la Regional Meta, contesta mediante escrito de fecha AGOSTO 06 del presente año, en la que manifiesta que ha dado cumplimiento al fallo de tutela.

Al igual, la Incidentante manifiesta vía telefónica que ya le entregaron las autorizaciones, que por fin se las habían entregado y que por esta razón retira la solicitud.

Consecuente a las razones aquí expuestas, este Despacho no encuentra mérito para sancionar por Desacato al representante legal de Capital Salud a nivel Nacional, como tampoco a la Representante de la Regional Meta y considera viable declarar superado el derecho fundamental invocado por la incidentista, por sustracción de materia y en consecuencia, decretará la terminación del proceso de incidente de desacato, eso sí, no sin antes advertirle a la incidentada CAPITAL SALUD EPS-S que debe continuar cumpliendo en forma oportuna y eficaz, sin ningún tipo de obstáculo, lo ordenado en todos los numerales del fallo de tutela No. 014 de fecha junio 08 de 2021, para garantizar los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida Digna de la señora Yadira Ortega Rojas en

Representación de su menor hijo Wilson Tique Ortega y así, evitar se presenten a futuro nuevos incidentes y posibles sanciones, sobre este mismo caso.

IV. DECISION.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Macarena Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR superado por sustracción de materia, el derecho fundamental invocado por la señora YADIRA ORTEGA ROJAS en representación legal de su menor hijo Wilson Tique Ortega, dentro del presente incidente de Desacato, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de este auto.

SEGUNDO.- DECRETAR la terminación del presente Incidente de Desacato y en consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, dejando las anotaciones pertinentes.

TERCERO.- ADVERTIR al Representante Legal de CAPITAL SALUD EPS-S a nivel Nacional y Representante Legal de la Regional Meta, que debe continuar cumpliendo en forma oportuna y eficaz, sin ningún tipo de obstáculo, lo ordenado en todos los numerales del fallo de tutela No. 014 de fecha junio 08 de 2021, proferido a favor de la señora Yadira Ortega Rojas en representación legal de su menor hijo Wilson Tique Ortega, dentro de la acción de tutela No. 503504089001-2021 -00021 -00, para garantizar los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida Digna de la incidentista y así, evitar se presenten a futuro nuevos incidentes y posibles sanciones, sobre este mismo caso, conforme a la enfermedad diagnosticada por los médicos tratantes y especialistas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE:

RAFAEL IGNACIO NEIRA PEÑARETE
Juez

