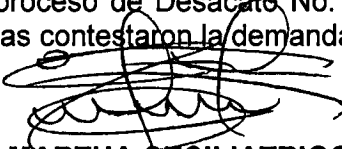


Interlocutorio No. 204

SECRETARIA.- La Macarena Meta, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Al Despacho del señor Juez proceso de Desacato No. 503504089001 2021 00052 00. Informándole que las accionadas contestaron la demanda en términos. Provea.



MARTHA CECILIATRIGOS
Secretaria

JUZGADO PROMISCOO MUNICIPAL DE LA MACARENA META, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROBLEMA JURIDICO.

Entra el despacho a decidir lo que en derecho corresponda respecto del incidente de Desacato, impetrado por la señora INGRID TATIANA VELANDIA MELO, contra CAPITAL SALUD EPS y SIKUANY LTDA., por incumplimiento a fallo de tutela.

I. ANTECEDENTE.

1. De los Hechos.

La incidentante INGRID TATIANA VELANDIA MELO, expone:

- 1). "Presente una acción de tutela contra la EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA, el día 15 de marzo de 2021".
- 2). "...".
- 3). "Mediante fallo de fecha 05 de abril de 2021, concedió la tutela"
- 4). "Tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna invocados por la ciudadana INGRID TATIANA VELANDIA MELO, en representación de su hija KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA. ...".
- 5). "ORDENAR a la accionada CAPITAL SALUD EPS, que dentro del término de 48 horas, si no lo ha hecho, realice la entrega real y material de la cantidad del medicamento TOPIRAMATO 15 MG CX60 CAP (TOPAMAC SPRING cantidad 180" y de los pañales desechables, marca WINNY ETAPA 5 en cantidad de 270 unidades ordenados por el médico tratante para la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, medicamentos que debe ser suministrados para poder darle continuidad de manera oportuna y eficaz al tratamiento requerido para la patología diagnosticada PARALISIS CEREBRAL-EPILEPSIA que padece desde que nació y los insumos que, los debe utilizar diariamente, debido a la misma patología padecida".

6). "ORDENAR a la accionada SIKUANY LTDA. ,red de servicios farmacéuticos, que dentro del término de 48 horas, si no lo ha hecho, realice la entrega real y material de la cantidad del medicamento TOPIRAMATO 15 MG CX60 CAP (TOPAMAC SPRING cantidad 180" y de los pañales desechables, marca WINNY ETAPA 5 en cantidad de 270 unidades ordenados por el médico tratante para la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, medicamentos que debe ser suministrados para poder darle continuidad de manera oportuna y eficaz al tratamiento requerido para la patología diagnosticada PARALISIS CEREBRAL-EPILEPSIA que padece desde que nació y los insumos que, debe utilizar diariamente, debido a la misma patología padecida".

7). "..."

8). "No obstante la EPS CAPITAL SALUD, quien le corresponde cumplir la tutela, no cumplió a total cabalidad, ya que solo hizo dos entregas cada uno de 90 unidades de los pañales y NO procedió a autorizar la entrega de los 90 pañales marca WINNY ETAPA 5, faltantes para completar los 270 pañales ordenada por el médico tratante, el día 05 de enero de 2021, en relación a la enfermedad que presenta (PARALISIS CEREBRAL-EPILEPSIA)".

9). "Además; no procedió a dar continuidad a la autorización y entrega de los 270 pañales marca WINNY ETAPA 5, en la posterior orden, de fecha 28 de mayo de 2021".

2. De las Peticiones.

La accionante con fundamento en los arts. 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, solicita las siguientes:

- 1). Ordenar el arresto hasta por 6 meses de la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD, la señora SORAIDA GOMEZ HERNANDEZ, o quien haga sus veces y al representante legal de la RED FARMACEUTICA DE SERVICIOS SIKUANY LTDA.
- 2). Multar hasta 20 salarios mínimos a la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD, señora SORAIDA GOMEZ HERNANDEZ o quien haga sus veces y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA.
- 3). Compulsar copias a la fiscalía General de la Nación, para que investigue la posible comisión del delito de FRAUDE A RESOLUCION JUDICIAL o la que hubiere lugar, por parte de la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD, señora SORAIDA GOMEZ HERNANDEZ o quien haga sus veces y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA.
- 4). Condenar en costas y perjuicios a la representante legal de la EPS CAPITAL SALUD, señora SORAIDA GOMEZ HERNANDEZ o quien haga sus veces y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA.
- 5). Ordenar a la EPS CAPITAL SALUD y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA. autorizar la entrega de 90 pañales marca WINNY ETAPA 5, faltantes en la orden médica de fecha 05 de enero de 2021, además, ordenar a la EPS CAPITAL SALUD y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA., autorizar la entrega de 270 pañales marca WINNY ETAPA 5, de la orden de fecha del 28 de mayo de 2021.

II. ACTUACION PROCESAL.

A consecuencia de la solicitud de Incidente de Desacato elevada por la señora INGRID TATIANA VELANDIA MELO, por incumplimiento al fallo de tutela No. 006, proferido en primera instancia el 05 de abril de 2021, dentro de la solicitud de tutela No. 503504089001 2021 00012 00, mediante auto de fecha agosto 10 de 2021 y previo a dar inicio al incidente de desacato, dispone requerir al Superior Jerárquico Gerente General a nivel Nacional IVAN DAVID MESA CEPEDA para que ordene a la a la Regional Meta SORAIDA GOMEZ HERNANDEZ y al Gerente o Delegado de SIKUANY LTDA. Red de Servicios Farmacéuticos, para que en un término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del auto, den cumplimiento al fallo de tutela, el cual no sufrió interposición de recursos.

De la que la accionada SIKUANY S.A.S, contestó en términos del traslado, CAPITAL SALUD EPS, guardó silencio.

Posteriormente, con auto de agosto 18 de 2021, se procedió a dar apertura al incidente de desacato, concediéndole un término de tres (3) días hábiles, para que la accionada Capital Salud conteste la demanda, pida las pruebas que pretenda hacer valer y acompañe los documentos que se encuentren en su poder.

1. Contestación de la Incidentada.

La accionada SIKUANY S.A.S, contestó la demanda en términos, CAPITAL SALUD EPS, guardó silencio.

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 qué 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 máximo 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 folios 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 entiéndase 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 las accionadas CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA., prestar todo lo necesario para que se le garantice a la menor de edad KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA el acceso a la salud cuando la requiera y de la especial protección del Estado en todos los tratamientos, procedimientos, medicamentos o suministros que necesite para tener un estilo de vida digno, según lo determine el profesional en la salud, sin menos cobro ni dilaciones o traumatismos de las demás atenciones que de ello se deriven.

En palabras, la Corte Constitucional dijo, el desacato hace referencia al incumplimiento a cualquier orden proferida por un 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.

En otros términos, el alto Tribunal Constitucional ha señalado que el desacato "no es otra cosa que el incumplimiento de una orden judicial contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de las funciones de un Juez 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". Sentencias C-243/1996, T-459/2003 y T-188/2002

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 resolutive 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"

El caso en 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":

Al iniciarse mediante providencia de fecha agosto 18 de 2021, el trámite incidental y al encontrar que se desprende que la figura de desacato se convirtió en la última alternativa con la que la señora INGRID TATIANA VELANDIA MELO cuenta para hacer valer sus derechos fundamentales, ya que en modo alguno la CAPITAL SALUD EPS y SIKUANY LTDA., han dilatado sin ninguna motivación, lo ordenado en el fallo de tutela para el desarrollo de la vida normal de su menor hija KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA.

Pues bien y claro es que, la accionante lo que pretende en el escrito de demanda incidental, es que se le ordenara a CAPITAL SALUD EPS y a SIKUANY LTDA., autorizar la entrega de 90 pañales marca WINNY ETAPA 5, faltantes en la orden médica de fecha 05 de enero de 2021, además, ordenar a la EPS CAPITAL SALUD y a la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS SIKUANY LTDA., autorizar la entrega de 270 pañales marca WINNY ETAPA 5, de la orden de fecha del 28 de mayo de 2021.

Se tiene que la accionada SIKUANY LTDA., en escrito radicado el 12 de agosto de 2021, informa que ya fue suministrado los medicamentos e insumos a la accionante. Así mismo lo indica la accionada CAPITAL SALUD EPS, en su escrito radicado el 23 de agosto hogaño. Por otra parte, la accionante, también afirma que ya le fue suministrado desde la semana pasada todo lo que ella pedía en el desacato; agrega que no sigue con esto.

Consecuente a las razones aquí expuestas, este Despacho no encuentra mérito para sancionar por Desacato al representante legal de CAPITAL SALUD EPS y al representante legal de SIKUANY LTDA. 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.

Nó sin antes, CONMINAR al representante legal de CAPITAL SALUD EPS-S., para que, preste los servicios de salud de forma oportuna y eficiente, sin ningún tipo de obstáculos y que comporte todos aquellos medicamentos, intervenciones, citas médicas, consultas médicas, procedimientos, exámenes, controles, sesiones de terapias y demás seguimientos que requiera la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, eso sí, en atención a orden del médico tratante, a efectos de garantizar los servicios de salud y vida digna de esta menor de edad, y para evitar futuras acciones constitucionales.

Así mismo CONMINAR al representante legal de la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS -SIKUANY LTDA., para que, preste los servicios de salud de forma oportuna y eficiente, sin ningún tipo de obstáculos y que comporte todos aquellos medicamentos e insumos que requiera la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, eso sí, en atención a orden del médico tratante, a efectos de garantizar los servicios de salud y vida digna de esta menor de edad, y para evitar futuras acciones constitucionales.

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:

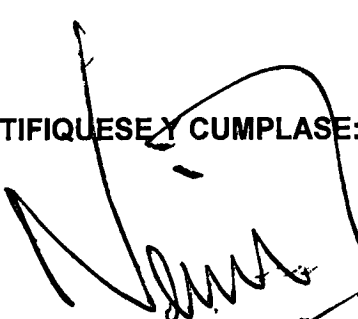
PRIMERO.- **DECLARAR** superado por sustracción de materia, el derecho fundamental invocado, dentro del incidente de Desacato, presentado por la señora INGRID TATIANA VELANDIA MELO, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de este auto.

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.- **CONMINAR** al representante legal de CAPITAL SALUD EPS-S., para que, preste los servicios de salud de forma oportuna y eficiente, sin ningún tipo de obstáculos y que comporte todos aquellos medicamentos, intervenciones, citas médicas, consultas médicas, procedimientos, exámenes, controles, sesiones de terapias y demás seguimientos que requiera la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, eso sí, en atención a orden del médico tratante, a efectos de garantizar los servicios de salud y vida digna de la menor Karoll Dallana, y para evitar futuras acciones constitucionales.

CUARTO.- **CONMINAR** al representante legal de la RED DE SERVICIOS FARMACEUTICOS –SIKUANY LTDA., para que, preste los servicios de salud de forma oportuna y eficiente, sin ningún tipo de obstáculos y que comporte todos aquellos medicamentos e insumos que requiera la menor KAROLL DALLANA NARVAEZ VELANDIA, eso sí, en atención a orden del médico tratante, a efectos de garantizar los servicios de salud y vida digna de la menor Karoll Dallana, y para evitar futuras acciones constitucionales.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE:


RAFAEL IGNACIO NEIRA PEÑARETE
Juez

