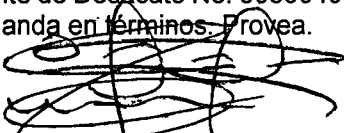


Interlocutorio No. 0220

SECRETARIA.- La Macarena (Meta) siete (07) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) Al Despacho del señor Juez Incidente de Desacato No. 503504089001 2021 00059 00, informándole que la incidentada contestó la demanda en términos. Provea.



MARTHA CECILIA TRIGOS
Secretaria

JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LA MACARENA META, siete (07) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROBLEMA JURIDICO.

Entra el despacho a decidir lo que en derecho corresponda respecto del incidente de Desacato, formulado por la ciudadana ANA CASTRO DE ABAUNZA, contra CAPITAL SALUD EPS, por incumplimiento al fallo de tutela No. 0026, proferido el día 28 de abril de 2020.

I. ANTECEDENTE.

1. De los Hechos.

La Incidentante ANA CASTRO DE ABAUNZA, los expone de la siguiente manera:

- 1). "Presente acción de tutela contra la EPS CAPITAL SALUD el día 22 de abril de 2020".
- 2). "...".
- 3). "Mediante fallo de fecha 28 de abril de 2020 concedió la tutela".
- 4). "**Tutelar** los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor MARIO ABAUNZA, representado legalmente por su esposa Ana Castro de Abaunza".
- 5). "Ordenar a Capital Salud Eps-s, representada por su gerente o quien haga sus veces que, en un término no superior a 48 horas contadas desde la notificación de esta providencia si no lo ha hecho, suministre los insumos prescritos por el médico tratante; esto es, la cantidad de 60 pañales desechables, marca Tena Slip, talla M, que el señor MARIO ABAUNZA debe usar cada 12 horas y de forma permanente".
- 6). "...".
- 6). "Ordenar a CAPITAL SALUD EPS-S proporcionar sin demoras injustificadas, todos los suministros de insumos ordenados por el médico tratante, además de los medicamentos y procedimientos que conlleve con ocasión a la patología padecida por el señor MARIO ABAUNZA".
- 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 de 90 unidades en cada entrega, de los 270 pañales Tena Slip, talla M, ordenados por el médico tratante, el día 14 de mayo de 2021, en relación a la enfermedad que presenta (ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA)".

2. De las Peticiones.

La Incidentante JOHANA VARGAS PERALTA, solicita las siguientes:

1. "...".
2. "...".
3. "...".
4. "...".

5. Ordenar a la EPS CAPITAL SALUD autorizar la entrega de 90 pañales Tena Slip, talla M, faltantes en la orden del 14 de mayo de 2021".

3. De la Orden en la Tutela

Este Juzgado mediante sentencia No. 0028 de abril 28 de 2020, profirió fallo en primera instancia dentro de la Acción de tutela No. 503504089001-2020-00136-00, a favor del señor Mario Abaunza y en contra de CAPITAL SALUD EPS-S, tutelando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de este ciudadano, representada legalmente por su esposa Ana Castro de Abaunza.

II. ACTUACION PROCESAL.

A consecuencia de la solicitud de Incidente de Desacato elevada por la señora Ana Castro de Abaunza, por incumplimiento al fallo de tutela de abril 28 de 2020, este Juzgado con auto calendarado agosto 19 de 2021 y previo a dar inicio al incidente de desacato, requiere al Superior Jerárquico de CAPITAL SALUD EPS, 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 alguno.

Posteriormente, con auto de agosto 26 hogafío, procedió a dar apertura al incidente de desacato, concediéndole un término de tres (3) días hábiles, para que la accionada CAPITAL SALUD EPS-S, 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 Incidentada CAPITAL SALUD EPS-S, en escrito radicado el día 30 de agosto de 2021, contesta la demanda manifestando: "I. ANTECEDENTES. ...". "II. CASO CONCRETO DEL CUMPLIMIENTO. Es preciso señalar que Capital Salud Eps-s, en cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias, ha venido realizando las gestiones pertinentes para garantizar cada uno de los servicios que ha requerido la afiliada, de acuerdo con sus requerimientos en salud.

- **PAÑALES:** Insumo autorizado y direccionado bajo el Mipres 20210625169028599462 para PAÑALES TENA SLIP ULTRA TALLA MX UNIDAD. En comunicación con el señor Henry Abaunza (hijo del afiliado) al teléfono 313220392, indica que se llevó a cabo la entrega el día viernes 27 de agosto de 2021. ... Así las cosas, no se presenta ningún incumplimiento al fallo, por el contrario, se evidencia que se han adelantado las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la orden emanada por su despacho. Esta situación hace que no exista responsabilidad objetiva ni subjetiva alguna ya que se ha hecho lo necesario para lograr el cumplimiento de la decisión de primera instancia". "V. PETICION. De conformidad con lo expuesto solicita se conceda lo siguiente:

ARCHIVAR el proceso de tutela, 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".

CERRAR EL INCIDENTE DE DESACATO a que haya lugar en el proceso de referencia".

2. De la Incidentante.

Mediante comunicación telefónica, el señor Henry Abaunza –hijo de la Incidentante, manifiesta que efectivamente Sikuany hizo la entrega de los pañales el viernes; agrega, que ya fue dado el total de pañales que ordenó el médico, pero solicita que se le advierta a las dos empresas Capital Salud y Sikuany que deben cumplir a cabalidad lo ordenado en la tutela, que es molesto que cada vez que el papá necesite del suministro de pañales, no se los den en la oportunidad ordenada por el médico.

Así las cosas, el despacho observa que efectivamente existe un fallo de rango Constitucional, el cual la entidad accionada CAPITAL SALUD EPS-S, ha desconoció la ordenanza dada por el Juez, sustrayéndose de manera dilatoria a su cumplimiento. Si miramos, se dio cumplimiento luego de haber recibido la notificación del incidente.

III. CONSIDERACIONES.

Se tiene que la acción de tutela está consagrada 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 que una vía paralela o alternativa de solución de conflictos y menos puede utilizarse para sustituir al juez; 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.

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 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. 4 de la misma 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.

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 tratamientos o insumos en detrimento de la salud de sus afiliados, máxime cuando se debe garantizar la integralidad del tratamiento, asegurando el acceso real y efectivo y sin dilaciones a todos aquellos servicios que, en virtud de lo dispuesto por el médico tratante, se entiendan comprendidos para su caso particular dentro de la patología diagnosticada al señor Mario Abaunza de INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA que le amerita el uso de pañal desechable, Tena Slip, talla M, cada 8 horas.

Es así que, de los derechos tutelados en la presente acción de tutela, el derecho a la vida está consagrado en el art. 11 Constitucional, a notándose 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 digna, recae la responsabilidad de su protección en cabeza del Estado por mandato Constitucional, concluyéndose entonces, que es responsabilidad de CAPITAL SALUD EPS-S, prestar todo lo necesario para que se le garantice a la señora Ana Castro de Abaunza el acceso a los servicios de salud, a favor de su esposo Mario Abaunza, suministrándole los insumos Pañales desechables que le ordene el médico tratante, toda vez que los debe usar diariamente cada 8 horas, a causa de la enfermedad padecida y que es sujeto de especial protección por parte del Estado, ya que es una persona de la tercera edad y que requiere de un tratamiento integral; para tal fin deben ser prestados todos los tratamientos, procedimientos, medicamentos, suministros, citas médicas, controles e insumos que requiera para tener un estilo de vida digno según lo determine el médico tratante, sin dilaciones o traumatismos de las demás atenciones que ello deriven.

La Corte Constitucional ha dicho que 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.

Así el incidente de desacato, es un mecanismo de coacción 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 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 el 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 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.

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.

Como se expuso inicialmente, en sentencia No. 0028 de fecha abril 28 de 2020, el juez profirió fallo favorable a la actora de la tutela, y ordenó a la CAPITAL SALUD EPS-S, entre otros, que en el término de 48 horas a partir de la notificación del fallo, el suministro de 60 pañales Tena, talla M al señor Mario Abaunza, prescritos por el médico tratante

Entonces ella no tiene por qué sufrir ningún tipo de tropiezos ni que se le deniegue su atención con argumentos fuera de contexto sobre los derechos fundamentales a la salud y a la vida que deben primar con su apreciación ontológica, sobre cualquiera de los otros derechos pregonados en la Carta Mayor.

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 CAPITAL SALUD recibe las notificaciones y traslados ordenados; para lo cual, la Regional Meta, contesta la demanda mediante escrito radicado el 30 de agosto de 2021, en el que manifiesta que ha dado cumplimiento al fallo de tutela.

Así mismo, mediante conversación telefónica sostenida con el señor Henry Abaunza hijo de la Incidentante y de la víctima, manifestó que ya le dieron cumplimiento al fallo de tutela, Sikuan y le entregó el total de los pañales desechables y eso era lo que se solicitaba.

Consecuente a las razones aquí expuestas, este Despacho no encuentra mérito para sancionar por Desacato al representante legal de CAPITAL SALUD EPS-S, y considera viable declarar superado el derecho fundamental invocado por la incidentista, por sustracción de materia y siendo así, decretará la terminación del proceso de incidente de desacato.

No sin antes de lo anterior, reiterar a la incidentada CAPITAL SALUD EPS-S., que debe continuar dando cumplimiento a cabalidad al fallo de tutela No. 0028 de fecha abril 28 de 2020, especialmente, en todos sus numerales de la parte resolutive; esto con el objeto de, garantizar los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida Digna del señor Mario Abaunza, representado por su esposa Ana Castro de Abaunza, 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.

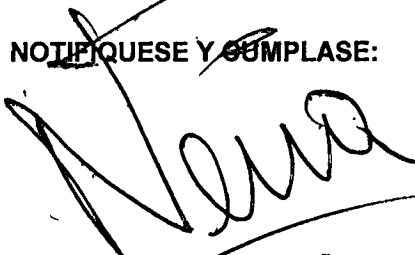
RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la ocurrencia de un hecho superado por sustracción de materia, respecto a los derechos fundamentales invocado por la señora Ana Castro de Abaunza, en representación legal de su esposo Mario Abaunza, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de este auto. No sin antes, señalar lo siguiente:

SEGUNDO: REITERAR a la incidentada CAPITAL SALUD EPS-S., que debe continuar dando cumplimiento a cabalidad al fallo de tutela No. 0028 de fecha abril 28 de 2020 especialmente, a todos los numerales de la parte resolutive de dicha providencia; esto con el objeto de, garantizar los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida Digna del señor Mario Abaunza, representada por su esposa Ana Castro de Abaunza, y así, evitar se presenten a futuro nuevos incidentes y posibles sanciones, sobre este mismo caso.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE:


RAFAEL IGNACIO NEIRA PEÑARETE
Juez

