REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Bogotá D. C., ocho de julio de dos mil veinte.

MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

INCIDENTE DE DESACATO DE MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA CONTRA LA FIDUPREVISORA, LA UT SAN JOSÉ Y LA EPS SERVISALUD QCL SERVICIO MÉDICO MAGISTERIO (Consulta). RAD. 11001-31-18-002-2020-00036-02.

Aprobado en Sala según Acta N° **053** del 8 de julio de 2020.

Con la presente determinación se resuelve el grado jurisdiccional de consulta a que está sometida la providencia del veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, en el asunto de la referencia

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA**, solicitó al Juez Constitucional adelantar incidente de desacato en contra de la **EPS SERVISALUD QCL** y/o **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, por el presunto incumplimiento al fallo de tutela proferida el 18 de marzo de 2020, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., a través del cual se protegieron los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y vida digna de la señora **MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA**, con la orden perentoria dirigida a "*EPS SERVISALUD QCL y/o UT SERVISALUD SAN JOSE que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación, se expidan las autorizaciones, cotizaciones y trámites necesarios para la práctica del examen MAMMAPRINT (…) requerido para determinar la necesidad de*

administrar radioterapia en el tipo de cáncer que padece, sin importar si se encuentren o no incluidos en el POS, garantizándole a la actora de manera ininterrumpida continuar con su tratamiento".

Decisión adicionada por la Sala Mixta de Adolescentes del Tribunal, en sentencia del 7 de mayo de 2020, para "***ORDENAR*** *a la* ***FIDUPREVISORA S.A.****, que en conjunto con la* ***UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ****, adelante todas las gestiones tendientes a garantizar la práctica del examen denominado "MAMMAPRINT" prescrito a la accionante* ***MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA****"*.

El Juzgado mediante autos del 13 de abril y 20 de mayo de 2020, requirió a las accionadas EPS Servisalud QCL y/o la UT Servisalud San José, y, la Fidpuprevisora S.A., el cumplimiento de la sentencia de tutela. En razón del requerimiento, la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, solicitó negar el incidente frente a esa entidad, en razón de la adición efectuada por el Tribunal a la sentencia de primera instancia, según la cual, "*es la Fiduprevisora la encargada de asegurar en salud de la señora Martha Patricia Romero Simbaqueba, máxime si el examen objeto de este incidente de desacato es un estudio realizado en el exterior y por ende no autorizado y excluido por la aseguradora en salud de la paciente; quiere decir ello, que no le es permitido contractualmente a esta requerida cubrir con la realización del examen que en estricto sentido debe ser asumido por quien hace las veces de EPS.* [Fiduprevisora]".

En auto del 29 de mayo de 2020, se abrió a trámite el incidente de desacato ordenando traslado de la queja al Representante Legal de la Unión Temporal Servisalud San José Dra. Claudia Constanza Castillo Melo y la Representante Legal de Fiduprevisora S.A. Dra. María Cristina Gloria Inés Cortés Arango, requiriendo aportar las pruebas del caso sobre el cumplimiento del fallo.

FIDUPREVISORA S.A. no se pronunció, la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, indicó que, no puede dar cumplimiento a la sentencia de tutela por sí mismo, pues "*NO es el asegurador en salud de la*

aquí accionante, es decir, NO es la EPS de la paciente", reitera su pronunciamiento anterior, diciendo que "*el Aseguramiento en salud sigue estando en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) quien es administrado por la Fiduprevisora SA, la función que desempeña esta Unión Temporal simplemente es cumplir con unos términos contractuales bajo los principios constitucionales de transparencia y la buena fe (…)"*. La necesidad de vincular a la **FIDUPREVISORA S.A.**, fue reconocida en la sentencia del Tribunal "*con el fin que se encargue de realizar las gestiones tendientes para realizar este procedimiento, puesto que, la responsabilidad de responder por esta clase de servicios, en caso de ser requeridos, está en cabeza de la Fiduprevisora SA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (…)"*.

De su lado, la señora **MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA**, radicó escrito insistiendo en denunciar el incumplimiento de la sentencia, la Unión Temporal Servisalud San José, negó nuevamente el examen, argumentando que, se trata de un análisis que debe hacerse en otro país, de difícil acceso en Colombia, sin tener en cuenta la posibilidad de tomar las muestras en Colombia y remitirla a sus laboratorios de apoyo internacional, por ello la actitud de las entidades según el quejoso resulta omisiva y afecta sus derechos fundamentales.

Mediante auto del 23 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de esta ciudad, decidió el desacato sancionando a las representantes legales de la Unión Temporal Servisalud San José Dra. **CLAUDIA CONSTANZA MELO CASTILLO** y de la Fiduprevisora S.A. Dra. **MARÍA CRISTINA GLORIA INÉS CORTÉS ARANGO**, consistente en multa de cinco (05) salarios mínimos mensuales legales vigentes y cinco (5) días de arresto.

El Juzgado consideró acreditado el incumplimiento de la orden constitucional, por el contrario las entidades accionadas, no aportaron elementos de juicio suficientes para acreditar haber adelantado las gestiones para garantizar la práctica del examen denominado "*MAMMAPRINT*", dándose las mismas justificaciones, que es la

Fiduprevisora quien debe cumplir lo ordenado, siendo inadmisible que existan otros requerimientos administrativos.

CONSIDERACIONES

Ha previsto el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 las consecuencias jurídicas por el incumplimiento a la orden de protección a un derecho fundamental contenida en fallo de tutela, frente a quien se declara responsable del desacato, comportamiento sancionable mediante trámite incidental, con arresto de hasta de seis meses y multa que puede llegar a veinte salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. La autoridad competente para imponer esta sanción es el juez de primera instancia en el trámite constitucional, en decisión sometida a consulta.

La sanción por desacato, en cuanto representa el ejercicio del poder disciplinario y sancionador del Estado, se erige en una potestad del Juez Constitucional ante el incumplimiento de su sentencia de tutela, a la par, constituye un juicio de responsabilidad subjetiva al servidor público o particular vinculado por la orden de tutela, sometido como toda medida sancionatoria al principio de legalidad, cuyos límites infranqueables se establecen en la Constitución y la Ley.

Según la incidentante, en este caso no se ha dado cumplimiento al fallo de tutela de fecha 18 de marzo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá, adicionada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 7 de mayo de la misma anualidad, en que se ordenó a la **FIDUPREVISORA S.A.**, que en conjunto con la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, adelante todas las "*gestiones tendientes a garantizar la práctica del examen denominado 'MAMMAPRINT' prescrito a la accionante* ***MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA***".

Ya en el trámite de esta instancia, el representante de la entidad **FIDUPREVISORA S.A.**, presentó un escrito indicando que el cumplimiento

de la tutela corresponde al Vicepresidente de Prestaciones Dr. José Fernando Arias y no a la Dra. Gloria Inés Cortés Arango, a quien pidió desvincular del trámite; adicionalmente informó sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela, indicando que, al verificar el estado de los servicios de salud de la señora **MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA**, se comprobó lo siguiente:

(…) Se valida caso con Cirujano de Seno vía telefónica Dr Javier Ángel, quien revisa en conjunto con la coordinación de alto costo caso e historia clínica y considera que esta usuaria está dentro la ventana terapéutica de 6 meses tanto por la cirugía (Mastectomía sub- total realizada enero 21 de 2020 y la Radioterapia en marzo 2020) para tomar la decisión si la usuaria es de alto riesgo y va requerir inicio de quimioterapia. Por lo anterior, se procede a generar el ordenamiento para mammaprint.

Adicionalmente, se establece comunicación telefónica al 3114449727 el día 02/07/20 a las 9:25 am con la Sra Martha Romero, donde se le informa que puede acercarse a nuestras oficinas a reclamar el ordenamiento, la usuaria agradece la llamada y refiere que en este momento se encuentra en la Sede de Campín y se acercará por el ordenamiento (…)"

Con esta información se acompañó copia del "*ORDENAMIENTO DE SERVICIOS DE SALUD SERVISALUD"*, con fecha de expedición 2 de julio de 2020 a nombre de **MARTHA PATRICIA ROMERO SIMBAQUEBA**, ordenando el examen denominado Mammaprint dirigida a "*GENCELL PHARMA S.A.S.",* indicando de esta manera el cumplimiento de la sentencia de tutela.

Cumplida la sentencia, aun con alguna demora, no cabe imputar desacato a la orden impartida en el fallo de tutela y sancionar a quienes representan a las entidades convocadas a este trámite, tal como se acreditó ante esta Corporación, con la orden para la práctica del examen "*MAMMAPRINT"*, ordenado por el médico tratante a la señora **MARTHA ROMERO SIMBAQUEBA.**

Por lo demás, valga precisar, que el carácter subjetivo de la responsabilidad atribuible al funcionario renuente a cumplir un fallo de tutela, requiere que el incumplimiento a la orden constitucional sea injustificado y abiertamente arbitrario, ello descarta de entrada aquellos aspectos de interpretación o aplicación de la norma, entre otras razones porque no se trata de una sanción objetiva, valga decir, la omisión debe obedecer a la conducta deliberada y negligente de la autoridad pública y sólo ante evidencia semejante cabe aplicar el poder sancionador del Estado con las consecuencias previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En este sentido, pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otros el contenido en la sentencia T - 763 de 1998, con ponencia del H. Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, asocian el desacato al *"ejercicio del poder disciplinario, 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".*

Por lo anterior y sin más consideraciones, habrá de revocarse la imposición de la sanción prevista en la ley, como así se dispondrá, pues más allá que la Fiduprevisora S.A., indicara que el cumplimiento de la sentencia de tutela corresponde a persona diferente a la vinculada, lo cierto es que, se avizora que se cumplió la orden constitucional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la providencia del veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, y, en su lugar:

NEGAR la imposición de sanción a las representantes legales de la Unión Temporal Servisalud San José Dra. **CLAUDIA CONSTANZA MELO**

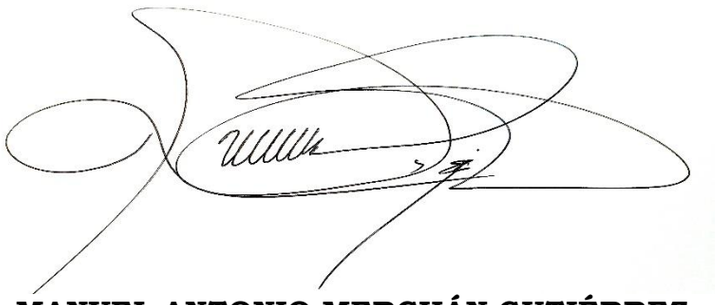
CASTILLO y de la Fiduprevisora S.A. Dra. **MARÍA CRISTINA GLORIA INÉS CORTÉS ARANGO**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR notificar mediante oficio lo aquí dispuesto a la las representantes legales de la Unión Temporal Servisalud San José Dra. **CLAUDIA CONSTANZA MELO CASTILLO** y de la Fiduprevisora S.A. Dra. **MARÍA CRISTINA GLORIA INÉS CORTÉS ARANGO** y vía correo electrónico a la incidentante.

NOTIFÍQUESE

LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
Magistrada

JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
Magistrado



MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ
Magistrado