

Cartagena de Indias D.T. y C., Julio cuatro (4) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2017-00123-02
Accionante	JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO
Accionada	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Se revoca la sanción impuesta a la incidentada, por cuanto no se halló demostrado el elemento objetivo ni subjetivo para concluir que existe incumplimiento de lo decidido en el fallo de tutela del 7 de junio de 2017

I.- ASUNTO A DECIDIR

Se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta el auto de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete 2017¹, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, referente al incidente de desacato iniciado por el incumplimiento de la sentencia de tutela de fecha siete (07) de junio de dos mil diecisiete (2017)².

II.- ANTECEDENTES

Mediante fallo de tutela de fecha 07 de junio de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió el amparo los derechos fundamentales a la vida, la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, invocados por la señora Janeth Barrios Moreno, vulnerado por la NUEVA EPS.

En el fallo aludido, se resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER la presente Acción de Tutela interpuesta **JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO CONTRA LA NUEVA EPS**, por presunta violación del derecho fundamental a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a NUEVA EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y sin más dilaciones expida las autorizaciones en la forma y condiciones ordenadas por su médico tratante para que le sea practicado lo más pronto posible el procedimiento GASTREOCTOMÍA TOTAL+ VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VIA LAPAROSCOPICA, con el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar. Su médico tratante médico especialista en

¹ Fols. 82 – 85 Cdno 1

² Fols. 2 – 19 Cdno 1

AUTO INTERLOCUTORIO No. 091/2017

13-001-33-33-005-2017-00123-02

Cirugía oncológica Gatrointestinal, en una IPS del nivel de complejidad requerido para este tipo de procedimiento que exista en la ciudad de Cartagena (domicilio de la accionante)

TERCERO: Ordenar a NUEVA EPS que garantice el tratamiento integral a **JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO**, el cual debe comprender el cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario POS y no POS para el tratamiento del cáncer que padece.

CUARTO: Adviértase a la entidad accionada **NUEVA EPS** que la incursión en situaciones como las que dieron origen a la presente acción de tutela, le hará acreedor a las sanciones del caso.

QUINTO: Notifíquese este fallo a las partes en la forma prevista en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

SEXTO: Envíese a la Corte Constitucional el presente fallo, para su revisión, si el mismo no fue impugnado dentro del término señalado en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991."

Sin embargo, por memorial de fecha 14 de junio de 2017³, la accionante presentó incidente de desacato contra los señores Ángela María Espitia Romero (Gerente Zonal Bolívar) y José Fernando Cardona Uribe (Presidente), funcionarios de la Nueva EPS S.A bajo el argumento que, no se le había dado cumplimiento al fallo de tutela de fecha siete (07) de junio de 2016.

Posteriormente, mediante auto de fecha 14 de junio de 2017⁴, el Juzgado de origen dio apertura al incidente de desacato en contra de la Dra. Ángela María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS.

En el referido auto, se le ordenó al funcionario citado, rendir informe respecto al cumplimiento del fallo de tutela de la referencia; requerimiento que fue atendido por la entidad.

2.1. Contestación⁵

En el informe rendido, la accionada expuso que ya se le había generado la autorización No. 73449254, para la realización de una GASTRECTOMÍA TOTAL VÍA LAPAROSCÓPICA + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA, a favor de la tutelante; que la

³ Fol. Cdno 1

⁴ Fol. 20 Cdno 1

⁵ Fols. 29 – 32 Cdno 1

referida autorización se expidió para la Clínica Medihelp Services, IPS en la cual se encuentra laborando el Dr. Juan Carlos Hoyos, quien es el especialista encargado de realizar a la paciente el procedimiento antes indicado. Al escrito de contestación se anexó la autorización de servicio antes mencionada.

La incidentada manifestó que la demora en la realización del procedimiento requerido por la paciente, se debe a que la clínica Médielos Services no pertenece a la red de servicios de la NUEVA EPS, por lo que, primero fue necesario solicitarles la cotización de los procedimientos de GASTRECTOMÍA TOTAL VÍA LAPAROSCÓPICA + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA; y, posteriormente se realizó el proceso de parametrización en el sistema, para de este modo emitir la autorización del servicio requerido.

Agrega, que la IPS Médielos Services solicita a la Nueva EPS el pago de un anticipo para poder proceder con la programación de la cirugía mencionada, y que actualmente la entidad administradora de recursos de la salud, se encuentra realizando la gestiones necesarias para adelantar dicho pago, el cual podría demorar aproximadamente un término de 15 días.

III.- PROVIDENCIA CONSULTADA

El A-quo decidió el presente incidente a través de la providencia del veintiocho (28) de junio de 2017⁶, sancionando a la señora Ángela María Espitia Romero en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS, al pago de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes y a un (1) día de arresto en las instalaciones que determine la Policía Metropolitana de Cartagena, en razón al incumplimiento a la orden dada en la sentencia de tutela de fecha siete (07) de junio del 2017.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que a su tenor dispone:

⁶ Fols. 82 – 85 Cdno 1

“Artículo 52. DESACATO**(...)**

“la sanción será impuesta por el mismo Juez, mediante tramite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguiente, si debe revocarse la sanción.”

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, queda resuelto el tema de la competencia, cuestión por la cual, procede esta Sala de decisión a realizar el estudio de fondo.

4.2. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos narrados en el asunto *sub examine*, para esta Sala, el problema jurídico, se centra en determinar:

¿La sanción impuesta por el *A-quo* a la Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, se ajusta a derecho?

Para llegar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Generalidades del incidente de desacato en acciones de tutela; Requisitos para la procedencia de la sanción por desacato (ii) Caso concreto; (iii) Conclusión.

4.3. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la providencia del veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017), mediante la cual se decidió sancionar a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, Gerente Zonal en Bolívar de la NUEVA EPS, toda vez, que dentro del expediente se encuentran acreditadas las gestiones tendientes a dar cumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela del 07 de junio de 2017, y por lo tanto, no se encuentra demostrado el factor subjetivo necesario para imponer sanción.

4.4. Generalidades del incidente por desacato en acciones de tutela

Con el objeto de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales a favor de quien ha solicitado su amparo, el legislador dispuso en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que el incumplimiento de una sentencia de tutela, traerá como consecuencia para el obligado por

haber incurrido en desacato, sanción de arresto hasta por seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Corte Constitucional⁷, se pronunció en los siguientes términos:

“El incidente de desacato debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), puesto que éste permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional”.

Ahora bien, para la aplicación de las consecuencias previstas en la norma citada, no es suficiente adelantar una comparación objetiva entre la orden impartida en la sentencia y la conducta asumida por los funcionarios cuestionados, sino que es necesario observar, además, si ese incumplimiento obedeció a una actitud de rebeldía que merezca ser sancionada con multa y arresto, teniendo en cuenta que el objeto del instrumento constitucional no es la multa en sí misma, sino que se impone con el fin de obtener el cumplimiento del fallo de tutela, con relación a lo anterior, señalo la H. Corte Constitucional⁸;

“... A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia”.

4.5. Requisitos para la procedencia de la sanción por desacato

La procedencia de la sanción por desacato consagrada en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, exige al juez comprobar que efectivamente y sin justa causa, se incurrió en rebeldía respecto al cumplimiento de la orden impartida en un fallo de tutela.

Al juez constitucional como protector de los derechos fundamentales, le es obligación verificar la existencia de dos elementos importantes; el objetivo,

⁷Corte Constitucional, Sentencia T- 271 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-367 de 2014, Mauricio Gonzales Cuervo.

referente al incumplimiento del fallo, y el subjetivo, relacionado con la persona responsable de dar cumplimiento al fallo.

El elemento objetivo, corresponde al incumplimiento del fallo en sí, es decir que se debe hacer un análisis de los elementos probatorios obrantes en el expediente para determinar que la orden ha sido desatendida, ya sea por su desconocimiento total que conlleve a la falta de pronunciamiento por parte de la entidad encargada de proferir la orden, o por su desconocimiento parcial, cuando la entidad se pronuncia pero desconoce las instrucciones impartidas por el juez de tutela.

Por su parte, el elemento subjetivo hace referencia a la actitud negligente y desatendida del funcionario encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela, una vez identificado se debe analizar cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligentemente, con el fin de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela.

Una vez analizados los elementos para que proceda la sanción por desacato, el juez competente debe tasar dicha sanción atendiendo al juicio de razonabilidad al respecto y aplicando las reglas de la experiencia, esto con el fin de que la sanción a imponer no resulte desproporcional al funcionario incumplido.

La imposición de sanciones en el caso de incumplimiento de órdenes judiciales debe hacerse respetando el debido proceso, es decir realizando todas las etapas del trámite incidental, esto es, que se deben realizar los requerimientos a las autoridades competentes para que demuestren su observancia al fallo de tutela.

Respecto a lo aludido, la Corte Constitucional⁹, señalo:

“... La labor del juez constitucional y su margen de acción en el trámite de un incidente de desacato estará siempre delimitada por lo dispuesto en la parte resolutive del fallo correspondiente. Por esta razón, se encuentra obligado a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma”. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Así, de existir un incumplimiento “deberá identificar 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

⁹Corte Constitucional, Sentencia T-482 de 2013, M.P: Alberto Rojas Ríos.

responsabilidad subjetiva de la persona obligada" hipótesis en la cual procederá la imposición del arresto y la multa."

4.6. Caso Concreto

La Sala procede a verificar la existencia de los elementos objetivo y subjetivo en el *sub lite*, tal como quedaron señalado en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, lo cuales servirán como base para definir la presente providencia.

La parte incidentante, por escrito de fecha 14 de junio de 2017, solicitó la apertura de incidente en contra de la NUEVA EPS, por no haberle dado cumplimiento a la sentencia de tutela del 7 de junio de 2017, dentro del plazo establecido en ella.

En el escrito de contestación de incidente, la accionada solicitó suspender el incidente, aduciendo que la IPS pidió un adelanto para la realización del procedimiento autorizado a la demandante. Expone que los trámites para el desembolso del adelanto tiene una duración máxima de 15 días hábiles.

Al respecto, la Juez A quo en la providencia consultada del 28 de junio de 2017, resolvió sancionar a la Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en atención a que era la persona que debía cumplir la orden judicial contenida en el fallo del 07 de junio de 2017; consideró que, la orden contenida en el fallo de tutela había sido dada también mediante el auto admisorio de la demanda, como medida provisional para proteger los derechos fundamentales de la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO, por lo tanto, la entidad tuvo tiempo suficiente, para realizar los procedimientos necesarios para autorizar el tratamiento requerido, en la condiciones en las que fue ordenado por el médico tratante; más aún, teniendo en cuenta la urgencia del caso debido a las condiciones de salud de la accionante. La Juez a quo, manifestó, que no está justificada la ampliación del plazo solicitado por la Nueva EPS.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debe entrar la Sala a verificar el contenido de la orden impartida en el fallo de tutela, y comprobar si el sancionado le correspondía dar cumplimiento a la misma, desde luego, teniendo presente que para poder sancionar por desacato se requiere acreditar el aspecto objetivo y subjetivo del comportamiento.

Una vez analizado el sub examine, observa esta Sala, lo siguiente:

Con sentencia de fecha 07 de junio de 2017¹⁰, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder el amparo invocado por el accionante, por existir violación de los derechos fundamentales a la vida, la salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, teniendo de esta manera que la accionada no dio cumplimiento al fallo de tutela referenciado en líneas anteriores, por lo que mediante auto del catorce (14) de junio de 2017¹¹ se abrió incidente de desacato a la misma, siendo este notificado el día 14 de junio de 2017¹², y el 28 de junio se profirió decisión de fondo en el mismo, en la cual se sancionó a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO.

Encuentra esta judicatura que, la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en su calidad de Gerente Zonal en Bolívar de la Nueva EPS, es quien, tiene la responsabilidad objetiva de dar cumplimiento al fallo de tutela precitado, dentro del término establecido; sin embargo, de las pruebas allegadas al expediente, se observa que dicha funcionaria no ha dado cumplimiento en su totalidad al proveído de tutela, pues aunque se demostró que en efecto expidió la autorización para la prestación del servicio que solicita la paciente, no se evidencia que ello se haya ejecutado dentro del término previsto en la sentencia; además, a la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO, aun no se le ha realizado la intervención quirúrgica que necesita.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, debe esta judicatura tener en cuenta que la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, ha venido realizando una serie de gestiones encaminadas a dar cumplimiento a la orden de tutela del 7 de junio de 2017, tal y como se evidencia en los documentos expuestos a folios 33 al 36 del c/no 1, en los que se destaca la cotización enviada por la IPS Medihelp service, en la cual se expone que el procedimiento tiene un valor de \$29.942.116,00; la solicitud a la oficina de la NUEVA EPS – Atlántico, de giro de anticipo para la realización de la cirugía a la señora JANETH BARRIOS, en la clínica la Medihelp services y otros.

En ese orden de ideas, encuentra este Despacho, que la demora en la realización del procedimiento que necesita la señora JANETH BARRIOS MORENO, no depende de la actuación que despliegue la funcionaria sancionada en primera instancia, sino que, por el contrario, depende de la

¹⁰ Fl. 2 al 19

¹¹ Ver nota al pie No. 4

¹² Fols. 22 - 27 Cdno 1

gestión de la NUEVA EPS ATLÁNTICO para desembolsar los recursos destinados a cubrir el costo de la cirugía en mención.

En ese sentido, se observa, que la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO está, en la actualidad, dando cumplimiento a las órdenes impartidas en el proveído de tutela, puesto que ha realizado todas las gestiones que se encuentran a su alcance para brindarle a la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS el tratamiento integral para la enfermedad que padece; de tal manera que no se encuentra probado en este evento el ingrediente subjetivo, que conlleve a la demostración de una actitud negligente y desatendida por parte de la funcionaria encargada de darle cumplimiento de la decisión judicial adoptada en favor de la señora Barrios.

En todo caso, en el evento de adelantarse otro incidente de desacato por la no ejecución del fallo de tutela, debe vincularse al mismo, el funcionario encargado de realizar el desembolso de los recursos para la realización de la cirugía y a aquellos que de alguna manera tuvieron la obligación de intervenir en el trámite administrativo tendiente a gestionar el tratamiento prescrito a la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS.

En ese orden de ideas, al no encontrarse demostrado el elemento subjetivo, en la conducta asumida por la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal en Bolívar de la NUEVA EPS, no puede procederse con la sanción impuesta por la juez a quo, lo que hace necesario que esta Corporación revoque la decisión de primera instancia..

4.7. Conclusión

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que, la respuesta al problema jurídico planteado es negativo, toda vez que no se encuentra acreditado el elemento subjetivo necesario, para sancionar a la Gerente Zonal en Bolívar de la NUEVA EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, por desacato frente a la sentencia que tuteló los derechos invocados por el accionante, por lo cual se impone la obligación a esta Corporación de REVOCAR sanción impuesta.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 28 de junio del 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se sancionó a la Gerente Zonal de la NUEVA EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, al pago de tres (03) salarios mínimos mensuales legales vigentes y a un (019) día de arresto en las instalaciones que determine la Policía Metropolitana de Cartagena en la ciudad de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala 50 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ