



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, veintiocho (28) de septiembre del año dos mil veinte (2020)

Acción:	Incidente de desacato de Tutela
Expediente:	23 001 33 33 005 2020-00159
Accionante:	Fenise del Carmen Durango de Sierra
Accionado:	Nueva EPS

FALLO INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA

Procede el Despacho a decidir el incidente de desacato formulado por la señora Fenise del Carmen Durango de Sierra a través de apoderado a razón del presunto incumplimiento por parte de la Nueva EPS, al fallo de tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020 expedido por esta Unidad Judicial.

I. ANTECEDENTES

1. Del incidente:

La señora Fenise del Carmen Durango de Sierra presentó incidente de desacato de tutela en fecha 2 de septiembre de 2020, precisando que no se ha cumplido con la orden de medida cautelar dada en el auto admisorio de fecha 10 de agosto de 2020 y la orden dada en el fallo de tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020. Razón por la cual, este despacho previo a admitir incidente de desacato, en auto de cuatro (4) de septiembre de 2020 requirió a la Representante Legal de la Nueva EPS para que informará a esta Unidad Judicial si había dado cumplimiento o no al fallo proferido el día veinticinco (25) de agosto de 2020. Ahora, si bien dicha entidad se pronunció, solo manifestó que la Gerencia de Salud y su equipo médico se encontraban realizando las verificaciones pertinentes frente a la pretensión de la incidentista con la finalidad emitir una respuesta de fondo al Despacho, sin indicar las razones por las cuales no se había dado cumplimiento a la orden proferida. Por tanto, mediante auto de fecha once (11) de septiembre de 2020, se admitió el presente incidente concediéndole un término de tres días a la parte incidentada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Al respecto, dicha entidad mediante memorial remitido el día 17 de septiembre de 2020, manifestó que el área de salud de la Nueva EPS, la cual es el área encargada de dar cumplimiento a lo ordenado, les informo que "16/09/2020 Seguimiento se valida sw de salud con preautorizaciones activas a partir del 14 de septiembre de 2020, pendiente soportes de la prestación efectiva". Razón por la cual aduce no ha existido dolo o negligencia alguna por parte de su representada, y por el contrario, la Nueva EPS tiene plena disposición para prestar a la afiliada una atención digna en salud y en especial, acatar en debida forma el fallo de tutela proferido.

No obstante lo anterior, el apoderado de la incidentista, el día 21 de septiembre hogaño, remitió vía correo electrónico memorial informando sobre el no cumplimiento respecto del fallo de tutela de 25 de agosto de 2020. En ese sentido, manifestó que pese a que la parte accionada envió correo electrónico el día 14 de septiembre de 2020 a su mandante informándole sobre 6 preautorizaciones para la entrega del medicamento ordenado, revisadas las mismas, advertía que no se indicaba la cantidad del medicamento, tal como lo establecía la orden médica No. 20200511173018926705 de fecha 11 de mayo de 2020, es decir 24 frascos.

Aunado a ello, relata que el día 15 de septiembre la hija de la accionante se dirigió hasta el dispensario médico Farmacia Alto Costo Etico Norte, con copia impresa de los correos remitidos a efectos de solicitar la entrega del medicamento, sin embargo, le informaron que no era posible realizar la entrega toda vez que faltaba un código de direccionamiento, y le hicieron entrega de un recibo en donde le indicaban que la orden de entrega tenía una inconsistencia. En atención a lo anterior, ésta se dirigió a las instalaciones de la NUEVA EPS, para que le solucionaran el

inconveniente. Sin embargo, dicha entidad solo radicó un gric No. 2925634, por medio del cual le indicaban que le darían solución en 5 días.

Posteriormente, señala que el 18 de septiembre, le fue enviado al celular de la accionante un mensaje de texto informándole sobre 6 autorizaciones de medicamentos. Por tanto, ésta se comunicó con un asesor virtual de la Nueva EPS, el cual le manifestó que ya estaba todo resuelto. En consideración a lo anterior, se dirigió a reclamar los medicamentos al dispensario, pero en este lugar le informaron que aún no se había dado solución, pues aún persistía el problema con el código de direccionamiento. En conclusión, señala que pese a habersele enviado múltiples autorizaciones para la entrega del medicamento, hasta la fecha no se ha realizado la entrega del medicamento bromuro de ipratropio 0.25 mg/1ml; (fenoterol bromhidrato 0.5 mg/1ml/otras soluciones).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

1. Problema Jurídico

Corresponde a esta Unidad Judicial resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si la NUEVA EPS ha cumplido o no con lo ordenado por esta unidad judicial en el fallo de tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020 o si por el contrario, la entidad accionada incurrió en desacato de la orden de tutela y existen méritos para sancionar?

1. Del incidente del desacato

Sobre el particular el art. 52 del Decreto 2591 de 1991 prevé que si el ente accionado no cumple con las órdenes impartidas en una sentencia de tutela, puede ser sancionado por desacato:

“ARTICULO 52. DESACATO. *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 meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción (La consulta se hará en efecto devolutivo).”*

De modo que el incidente de desacato es una herramienta *de carácter disciplinario* con la que cuenta el juez de tutela para imponer sanción de arresto o multa a quien de manera **negligente e injustificada** incumpla la orden judicial de amparo y dado que el carácter de una de las sanciones que procede por desacato es de tipo corporal (arresto), la parte pasiva del incidente es la persona natural (funcionario o particular) encargada de acatar la decisión, y no la persona jurídica¹.

Así lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar que la sanción por desacato no se puede imponer a la entidad sino al servidor público que vinculado en debida forma al trámite incidental, resulta responsable del incumplimiento del fallo de tutela.

“Adicionalmente, si se trata de una sanción no puede imponérsele sino a quien ha sido sujeto en el respectivo proceso, en este caso en el incidente. De ahí que no sea legítima la expresión “o a quien haga sus veces”, pues bien podría tratarse de persona natural diferente al momento de decidirse o quedar en firme el auto. No se trata en estos casos de la entidad, sino de quien debió, como autoridad, cumplir la orden”

Entonces, es evidente que durante el trámite incidental debe garantizarse en su mayor expresión

el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona natural contra quien se dirige el incidente. Para tal efecto, el juez de primera instancia que conozca debe actuar de la siguiente manera: 1) identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas, es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas; 2) darle traslado al incidentado para que presente sus argumentos de defensa; 3) si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión; 4) resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada, para en caso afirmativo, imponer la respectiva sanción y 5) siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Ahora bien, para efectos de establecer la responsabilidad que implica la declaración de desacato, es necesario que como primera medida se establezca el contenido preciso de las órdenes emitidas en el fallo cuyo incumplimiento se alega. Una vez probado lo anterior, el incidente de desacato debe dirigirse contra la conducta subjetiva del funcionario obligado a atender la sentencia de amparo.

Finalmente, a efectos de verificar la responsabilidad subjetiva del eventual “incumplido”, en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el Consejo de Estado ha reiterado² que éste debe estar **debidamente identificado**, ya que a través del trámite incidental “no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta”.

1. Del caso concreto.

La inconformidad de la incidentista radica en que no se ha dado cumplimiento a la orden judicial contenida en la sentencia de tutela proferida por esta unidad judicial el veinticinco (25) de agosto de 2020 dentro del radicado de la referencia, en la cual se ordenó:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al representante legal de la entidad **NUEVA E.P.S.** o quien haga sus veces al momento de la comunicación de la presente decisión, para que en el término de cuarenta (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a:

i). Realizar la entrega del medicamento *Bromuro de ipratropio 0.25 mg/1ml (fenoterol bromhidrato 0.5mg/1ml/ otras soluciones)*, vía *inhalatoria bucal*, por un periodo de 6 meses, en la cantidad de 24 frascos, tal como le fue ordenado en la prescripción médica No. 20200511173018926705 de fecha once (11) de mayo de 2020 a la señora FENISE DEL CARMEN DURANGO DE SIERRA identificada con la cédula de ciudadanía No. 25.838.742

Ahora bien, en relación con los requisitos exigidos para determinar la eventual configuración del desacato, en el asunto *sub lite* se encuentra acreditado lo siguiente: Esta unidad judicial profirió acción de tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020, amparando los derechos fundamentales a la salud y la vida, ordenando lo antes expuesto. A raíz de lo anterior, la tutelante presentó a través de apoderado judicial incidente de desacato contra la Nueva EPS el día dos (2) de septiembre de 2020, manifestando que no han cumplido la orden judicial.

Advierte el Despacho que la parte accionada, mediante memorial remitido vía correo electrónico el 17 de septiembre de 2020, señaló que el área de salud de la Nueva EPS, la cual es el área encargada de dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, les informo que “16/09/2020 Seguimiento se valida sw de salud con preautorizaciones activas a partir del 14 de septiembre de 2020, pendiente soportes de la prestación efectiva”. Razón por la cual aduce no ha existido dolo o negligencia alguna por parte de su representada, y por el contrario, la Nueva EPS tiene plena disposición para prestar a la afiliada una atención digna en salud y en especial, acatar en debida forma el fallo de tutela proferido.

Sin embargo, el apoderado de la incidentista de manera posterior, a través de memorial remitido vía correo electrónico, manifestó que no se ha dado cumplimiento al fallo de tutela de fecha 25 de agosto de 2020, pues pese a habersele expedido 6 preautorizaciones para la entrega del medicamento a la accionante, al momento de dirigirse a reclamar el mismo, le manifiestan que hay

inconsistencias con la formula Mipres, la cual no tiene direccionamiento, razón por la cual no le hacen entrega de este. En ese sentido, aportó como pruebas

- Correo electrónico de fecha 14 de septiembre de 2020, en donde la Nueva EPS le informaba a la accionante sobre 6 preautorizaciones para la entrega del medicamento con código, MD015353 Descripción BROMURO DE IPRATROPIO + FENOTEROL BROMHIDRATO 0.2.
- Recibo de la Farmacia Éticos Serranos Gómez Ltda, de fecha 15 de septiembre de 2020, donde se relaciona como paciente a la señora Fenise del Carmen Durango de Sierra, y se indica *“formula Mipres presenta inconsistencia, la Formula Mipres No. 20200914222001196826 no tiene direccionamiento”*.
- Gric No. 2925634 con sello de la Nueva EPS y fecha de 15 de septiembre de 2020
- Recibo de la Farmacia Éticos Serranos Gómez Ltda de fecha 19 de septiembre de 2020, donde se relaciona como paciente a la señora Fenise del Carmen Durango de Sierra, y se indica que *“formula Mipres presenta inconsistencia, la preautorización es no PBS, pero no tiene número Mipres”*

Con fundamento en lo anterior, advierte el Despacho, que respecto a la posibilidad de imponer sanción o no por desacato la Corte Constitucional ha resaltado que es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo³.

En ese sentido, es claro que si bien la entidad accionada ha realizado una gestión tendiente al cumplimiento del fallo, esta no ha sido efectiva, pues no se ha logrado la entrega del medicamento ordenado en el fallo de tutela de fecha 25 de agosto de 2020, y tampoco se encuentra dentro de una de las causales para no imponer sanción, pues en primer lugar, la orden proferida fue precisa, ya que se determinó de manera específica que se debía realizar la entrega del medicamento ordenado en la prescripción médica No. 20200511173018926705 de fecha once (11) de mayo de 2020, en segundo lugar, si bien se evidencia una conducta positiva por parte de la entidad tendiente a dar cumplimiento a la orden, no se advierten circunstancias que impidan el cumplimiento efectivo de la misma. Pues debe resaltarse, que la finalidad del incidente de desacato es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada. En ese sentido, se debe indicar que desde el auto admisorio de fecha 10 de agosto de 2020, de la referida tutela se ordenó como medida cautelar que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la comunicación de dicha providencia se procediera a realizar la entrega del medicamento bromuro de ipratropio 0.25 mg/1ml; (fenoterol bromhidrato 0.5 mg/1ml/otras soluciones) ordenado en la prescripción médica No. 20200511173018926705 de fecha once (11) de mayo de 2020 a la accionante, orden que fue ratificada el día 25 de agosto de 2020 con el fallo de la misma, y que a la fecha, 1 mes después de dicha orden aún no se le ha dado cumplimiento.

Ahora bien, respecto del funcionario responsable de cumplir la orden de tutela, se tiene que esta fue dirigida a la Nueva EPS, iniciándose el incidente de desacato de tutela en contra del señor Fernando Adolfo Echavarría Díez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS. Sin embargo, en la contestación del mismo, dicha entidad puso de presente que la persona encargada de dar cumplimiento al fallo de tutela es la Dra. CLAUDIA ELENA MORELOS RUIZ en calidad de Gerente zonal de la NUEVA EPS, razón por la cual mediante auto de fecha 23 de septiembre de 2020, se procedió a vincular a la misma, otorgándosele el término de dos días para que se pronunciase al respecto. En atención a lo anterior, la Nueva EPS a través de apoderado, remitió memorial via correo electrónico reiterando lo manifestado en la contestación realizada el día 17 de septiembre de 2020. Así las cosas, se advierte que no se ha dado un cumplimiento efectivo a la orden de tutela de fecha 25 de agosto de 2020, por lo que se procederá a imponer la respectiva SANCIÓN a la Dra. CLAUDIA ELENA MORELOS RUIZ.

³ Sentencia de la corte constitucional SU 034 de 2018. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

Sobre la gradualidad de la sanción y acogiendo los criterios trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, en la que se trajo a colación la aplicación del test de proporcionalidad a fin de determinar la finalidad, idoneidad y proporcionalidad de la sanción impuesta. Esta Unidad Judicial debe expresar que la sanción de multa será por valor de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se ajusta a la gravedad de la conducta y al menoscabo causado a los derechos fundamentales del incidentista al no cumplir con el fallo de tutela, asumiéndose una actitud ajena a los deberes de los funcionarios públicos y particulares que prestan funciones públicas y a los fines del Estado Social de Derecho, conducta con la cual se continúan vulnerando los derechos fundamentales previamente amparados por esta Unidad Judicial.

Es de advertir que en este caso no se procederá a sancionar con arresto a la incidentada, ya que ha dicho el Consejo de Estado que esta clase de sanción es una limitación al derecho fundamental a la libertad, por lo que debe aplicarse bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, esto sumado al hecho que el arresto procede en los casos en que se incumple de forma reiterada la orden de tutela, además existen otras medidas para sancionar, como lo es la multa, sin que se vea inmersa la restricción a la libertad de la persona obligada a cumplir la orden de tutela. Así lo estableció el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en providencia del 23 de febrero de 2017⁴:

“La Corte ha sido explícita en advertir que la imposición de **una sanción de arresto debe estar acompañada de un estudio de necesidad y proporcionalidad y entenderse que se impone con el fin de proteger un derecho constitucional que ha sido vulnerado**, ya que, además de buscar que quien ha desacatado un fallo de tutela, cumpla con lo que se ha impuesto en la respectiva sentencia.

(...) Adicionalmente, ha expresado que la privación de la libertad es una medida que procede cuando se incumple de manera reiterada una orden impartida por una autoridad judicial.

En este caso, para la Sala, **la sanción de arresto no es necesaria ni proporcionada, pues no es idónea para hacer cumplir lo estipulado en la sentencia del 12 de mayo de 2016 debido a que existen otros mecanismos, como la multa**, con los que se puede hacer cumplir el fallo, **sin necesidad de utilizar sanciones que comprometan la libertad personal.**”

Por lo tanto, en el caso concreto no resulta proporcional sancionar con arresto a la señora CLAUDIA ELENA MORELOS RUIZ, quien ostenta el cargo de Gerente zonal de la NUEVA EPS, por cuanto no ha habido incumplimiento reiterado de la orden, pues no ha trascurrido en exceso el término que otorgó este despacho para cumplir el fallo de tutela. En mérito de lo anterior el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito de Montería, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que la señora **CLAUDIA ELENA MORELOS RUIZ** en su condición de Gerente zonal de la NUEVA EPS, **INCURRIÓ EN DESACATO** de las órdenes impartidas por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería en la tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020, según lo expuesto en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **SANCIONAR a la señora CLAUDIA ELENA MORELOS RUIZ** en su condición de Gerente zonal de la NUEVA EPS, con multa equivalente a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales deben ser consignados a la cuenta de ahorros del Banco Popular – CSJ- Multas y sus Rendimientos- CUN 3-0820-000640-8.

Suma que deberá consignar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión a órdenes de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en la cuenta prevista para el efecto, **no sin antes advertir que los dineros destinados a pagar esta sanción deberán salir del propio patrimonio del sancionado**, según lo establecido en la parte motiva de este proveído.

⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), RADICACIÓN NÚMERO: 68001-23-33-000-2016-00338-02

TERCERO: REQUERIR a la Nueva EPS a través de la funcionaria sancionada para que dé cumplimiento total y definitivo al fallo de tutela de fecha veinticinco (25) de agosto de 2020, expedido dentro del proceso de la referencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE de forma personal la presente decisión al funcionario sancionado.

QUINTO: REMÍTASE el expediente al Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba para que se surta el grado jurisdiccional de consulta según lo establecido en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Por Secretaría, librense las notificaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
Juez

