



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, Octubre 1 de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Incidente Desacato Consulta	
Asunto:	Auto – Incidente de desacato en grado de consulta
Radicación:	70-001-33-33-001-2019-00048-01
Incidentante:	Sandra Esther Gale Arrieta en representación de la menor Mariana Lucia Gale Arrieta
Incidentada:	Nueva EPS
Procedencia:	Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo

Tema: Consulta – Confirma y modifica sanción, disminuye cuantía de la multa.

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta¹ de la sanción de multa, cumplido el trámite respectivo, con ocasión del desacato a una orden en un asunto de tutela.

2. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Se reclamó el 30 de agosto de 2019 ante el *A quo*, iniciar incidente de desacato, procurando se dé cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 22 de marzo de 2019, en la que se amparó el derecho fundamental a la salud, seguridad social, integridad física, dignidad humana y a la vida de la menor Mariana Lucia Gale Arrieta; en consecuencia, se ordenó a la NUEVA EPS, que en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación de la sentencia, proceda a autorizar y remitir a la menor Mariana Lucia Gale Arrieta a una institución en donde se presten los servicios por Hemato-oncología

¹ Sentencia **T-421-03 / 3. Finalidad del grado jurisdiccional de consulta**
Según la sentencia C-055/93 “la consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.” En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela.
Al tener como finalidad el establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia. Por tanto, en el caso de la consulta del incidente no se extiende al estudio de la legalidad de la providencia de tutela en la cual se dio la orden que se alega como incumplida.

Pediátrica, y que sea trasladada de acuerdo a las ordenes e instrucciones del médico tratante.

Del mismo modo, se ordena a la Nueva EPS a tramitar, gestionar e intermediar para que, dadas las condiciones críticas de la menor, esta sea remitida en el término ordenado por esta sentencia.

En caso de que la remisión se haga para una institución por fuera de la ciudad de Sincelejo, la Nueva EPS deberá asumir o entregar los gastos de transporte y alojamiento de la menor y un acompañante hacia la ciudad en donde se le vayan a prestar los servicios, por el tiempo en que se permanezca ella (ciudad)².

El Despacho con proveído del 27 de junio de 2019³, previo a la apertura del incidente de desacato ofició a la NUEVA EPS, para que informara, con sus respectivos soportes documentales, de qué manera dio cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por este Juzgado el día 22 marzo de 2019, en caso de no haberlo hecho, se le conmina para que proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en dicha providencia, y abra el correspondiente proceso disciplinario contra el funcionario que inicialmente debió cumplir con el fallo de tutela. Igualmente, ofició a la Nueva EPS, para que informara al Juzgado el nombre completo y cédula de ciudadanía del funcionario responsable, representante legal o quien haga sus veces del cumplimiento de las órdenes impartidas por la sentencia de tutela proferida el día 22 de marzo de 2019; del mismo modo, para que informara la dirección de notificación y/o correo electrónico en la que se pueda notificar la actuación del incidente.

La NUEVA EPS, por conducto de apoderado judicial, el 8 de julio de 2019 rindió informe⁴ manifestando, que esa entidad generó autorización para valoración con la especialidad en Hemato-oncología pediátrica en la ciudad de Barranquilla. Indicó también, que el 29 de marzo de 2019 envió correo a la Clínica General del Norte en el área de programación quirúrgica u otros servicios para fijaran fecha y hora para la realización de dicha valoración, fijando fecha para el día 19/03/2019. Sostuvo que, la familiar de la afiliada Mariana Gale Arrieta, radicó solicitud de gastos de transportes siendo autorizados. Adjunta copia de la epícrisis de hospitalización por valoración hemato-oncología pediátrica, aportada por Organización Clínica General del Norte, con ingreso el día 19/03/2019 y egreso el día 23/03/2019.

² Fls 1 a 2, cuaderno incidente.

³ Fl. 7-8.

⁴ fls. 13-37.

Para tal efecto, anexó historia clínica de la paciente expedida por la Clínica General del Norte y reserva hotelera (Voucher #00193040) expedido por la empresa Expreso Viajes y Turismo S.A.S., con fecha de ingreso 7 de enero de 2019 y egreso 10 de enero de 2019, hotel Fontamar, Barranquilla a nombre de la señora Sandra Esther Gale y Mariana Lucía Gale Arrieta.⁵

Por proveído del 30 de julio de 2019, se dio apertura del incidente de desacato en contra de la señora IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente de la Zona - Sucre (fls. 30-40); decisión que notificó el 31 de julio de 2013, a través del buzón electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co y a la personería de Sincelejo (fls. 41-43). Así mismo se notificó de manera personal a la señora IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ el día 15 de agosto de 2019, tal como consta en la diligencia visible a folio 55.

La Nueva EPS, mediante escrito del 2 de agosto de 2019⁶, dio contestación al requerimiento manifestando que se solicitó al área médica los soportes de los gastos de transporte de fecha 19 de marzo de 2019; igualmente solicitó la suspensión del trámite incidental. De otra parte, la Nueva EPS presentó escritos dando alcance al requerimiento, en los cuales informa que se generó autorización para valoración con la especialidad en Hemato-oncología pediátrica en la ciudad de Barranquilla.

Con auto del 30 de agosto de 2019⁷, se sancionó a IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de gerente de Zona –Sucre, con un (1) día de arresto y multa de un (1) SMLMV, por ser responsable de desacatar la orden que se le impartió en la sentencia de tutela del 22 de marzo de 2019.

La anterior decisión se fundó en que no se probó por parte de la Nueva EPS no está dando cumplimiento de manera completa al fallo de tutela del 22 de marzo de 2019, toda vez que no aportó las constancias de haber sufragado los gastos de transporte y hospedaje ordenados a favor de la menor y un acompañante a la ciudad donde se fueran a prestar los servicios médicos.

Mediante escrito del 5 de septiembre de 2019⁸, la Nueva EPS presenta ante el Juzgado solicitud de nulidad de la sanción de desacato, aduciendo indebida notificación sanción, toda vez que no se notificó de manera personal a la señora IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de gerente de Zona –Sucre, sino al buzón electrónico de secretaria.general@nuevaeps.com.co, afectándose con ello el debido proceso. También

⁵ Fls. 16-37.

⁶ Fls 45-54

⁷ Fls. 57-60

⁸ Fls. 65-69

señaló que el juzgado no cumplió con el requerimiento previo al superior jerárquico contemplado en el art. 27 del Decreto 2591 del 91.

Por auto del 18 de septiembre de 2019⁹, el Juzgado decidió negar la solicitud de nulidad presentada por la Nueva EPS, al considerar que se cumplieron todas las etapas dentro del trámite incidental, garantizándose el debido proceso.

3. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER

3.1. LA COMPETENCIA FUNCIONAL. Este Tribunal es competente para resolver de la consulta de la sanción impuesta en trámite incidental por el Juez de primera instancia de acuerdo con las previsiones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia del 30 de agosto de 2019 mediante la cual se impuso sanción de un (1) día de arresto y multa de un (1) SMLMV a la señora IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de gerente de Zona –Sucre, con ocasión del trámite de desacato adelantado ante el Juzgado de conocimiento?

3.3. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

3.3.1. LOS ASPECTOS OBJETO DE ACREDITACIÓN EN EL INCIDENTE DE DESACATO.

Los elementos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional¹⁰, son:

... “**(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 (conducta esperada)”¹¹. De existir el incumplimiento “debe 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 responsabilidad subjetiva de la persona obligada”¹².

⁹ Fls. 103-104

¹⁰ CC. T-343 de 2011.

¹¹ CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

¹² CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

Expone la Corte Constitucional que en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Sobre el particular ha señalado esa alta Corporación¹³:

“30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos¹⁴.’

31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo.”¹⁵ (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

En consonancia con lo anterior, la Corte ha precisado que en el momento de analizar si existió o no desacato deben tenerse en cuenta situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad¹⁶, aclarando que no puede imponerse sanción cuando: “(i) la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y, (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (sentencias T-1113 y T-368 de 2005)”¹⁷.

Este Tribunal concluye que el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden de tutela impartida y, de ser así, tiene que determinar si el mismo fue total o parcial, identificando las razones por

¹³ Sentencia T-271/15, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-1113 de 2005.

¹⁵ Sentencia T-171 de 2009.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sentencias T-171 de 2009 y T 1113 de 2005, entre otras.

las cuales se produjo, con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si la encontrare probada deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable en relación con los hechos¹⁸.

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados pero diferenciables¹⁹, a saber:

21.- Las anteriores diferencias tienen varias consecuencias que ya han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, *“puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”*²⁰ pues, como se vio, está previsto otro trámite en el cual el juez de tutela está facultado para adoptar “todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento” de su fallo (artículo 27 del decreto 2591 de 1991).

En segundo lugar, estas diferencias evidencian que *“todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato”*²¹ ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de “todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento” del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.

En tercer lugar, la existencia o la iniciación del incidente de desacato no excusa al juez de tutela de su obligación primordial del juez constitucional cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección de derechos fundamentales mediante el trámite de cumplimiento²².

En cuarto lugar también se ha aclarado que *“el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato”*²³ y por ello *“en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato”*²⁴. (La sublínea y la versalita son ajenas al texto original).

Continuando con el tema de la diferencia que existe entre los instrumentos que regula el Decreto 2591 de 1991 en sus artículos 27 y 52, tenemos que la Corte Constitucional en la sentencia T-1113-05, puntualizó lo siguiente:

“Además el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través de trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no

¹⁸ Sentencia T-1113 de 2005.

¹⁹ En la sentencia T-459 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño) la Corte dijo: “el juez puede adelantar el incidente de desacato y sancionar a los responsables y simultáneamente puede adelantar las diligencias tendientes a obtener el cumplimiento de la orden.”

²⁰ CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008.

²¹ CC. T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005.

²² CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.

²³ CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006.

²⁴ CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.

cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato, Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

- i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.*
- ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.*
- iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.*
- iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”*

Para mayor ilustración se transcribe el numeral 1.3 del Auto 056 del 2016 de la Corte Constitucional:

*“1.3. Así las cosas, el destinatario de una orden de tutela puede i) acatarla de manera inmediata y adecuada o ii) de manera excepcional, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de llevarla a cabo. Sin embargo, ante el incumplimiento del mandato emitido, el Decreto Estatutario 2591 de 1991 prevé dos mecanismos: **el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato**. Este Tribunal ha indicado que **el primero** es el instrumento idóneo para lograr que se observe la decisión, ya que **se funda en una situación objetiva** y el juez cuenta con amplios poderes para hacerla efectiva. **El desacato, por su parte, se trata de una herramienta accesoria que se funda en una responsabilidad subjetiva**, porque para imponer la sanción se debe probar la culpabilidad (dolo o culpa) de la persona que debe cumplir la sentencia.” (Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)*

El criterio de la Corte Constitucional es que *“En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando.”*

Conforme la jurisprudencia Constitucional²⁵, el término para resolver un trámite incidental por desacato a fallo de tutela, no debe superar los diez (10) días, contados desde su apertura; sin embargo, existen situaciones excepcionalísimas, que permiten desbordar aquel plazo:

- (i) por razones de necesidad de la prueba y para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato,
 - (ii) cuando exista una justificación objetiva y razonable para la demora en su práctica y (iii) se haga explícita esta justificación en una providencia judicial,
- el juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución, pero en todo caso estará obligado a (i) adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba respetando el derecho de defensa y (ii) a analizar y valorar esta prueba una vez se haya practicado y a resolver el

²⁵ CC. C-367 de 2014.

trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo.

Respecto al trámite incidental, la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha sostenido²⁶:

“De esta manera, 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 resultado, 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.

Entonces, 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.

De llegarse a demostrar que la orden no fue observada dentro del plazo previsto para el efecto, lo correcto es que, después de adelantar el trámite dirigido a procurar el cumplimiento del fallo, el incidente de desacato se dirija contra el funcionario obligado a atender la sentencia de amparo.

Así, para verificar la responsabilidad subjetiva del “incumplido”, en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, ha sido criterio reiterado de esta Corporación²⁷ que éste debe estar **debidamente identificado**, pues es sabido que mediante el trámite incidental no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta.”

No sobra acotar lo reiterado por la Corte Constitucional, en relación con el incidente de desacato²⁸, donde indicó que “(...) *el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional (...)*”, de manera que, su finalidad “(...) *no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia (...)*”²⁹.

²⁶ C.P. Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, auto del 12 de julio de 2018, rad. No. 19001-23-33-000-2016-00508-02(AC)A

²⁷ Entre otras, ver auto del 15 de agosto de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. C.P. Gustavo Gómez Aranguren. Exp. 2012-00410-01.

²⁸ CC. Auto 181 de 2015.

²⁹ CC. T-171 de 2009.

3.4. EL CASO CONCRETO.

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, la Sala estima necesario puntualizar que no nos encontramos en el escenario regulado en el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, sino en la órbita del 52 de dicha normatividad; en consecuencia se procederá a determinar si, como lo dispuso el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, la funcionaria sancionada incurrió en desacato de la orden impartida por dicha autoridad judicial en el fallo de tutela del 22 de marzo de 2019 y, por lo tanto, la sancionó con arresto de un (1) día y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en la medida en que no acreditó que sufragó los gastos de traslado y hospedaje de la menor Mariana Lucía Gale Arrieta y su acompañante en la ciudad donde le prestaron los servicios médicos, durante el tiempo que requiera para cumplir con la valoración con la especialidad de Hemato-oncología pediátrica.

Para lograr tal finalidad, es menester analizar la sanción objeto de consulta a la luz del aspecto subjetivo, es decir, si tal omisión es el resultado de una conducta negligente o dolosa.

Así las cosas, se tiene que en la sentencia de tutela del 22 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, se ordenó a (i) la NUEVA EPS; (ii) que en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación del fallo; (iii) proceda a autorizar y remitir a la menor Mariana Lucía Gale Arrieta ... a una institución en donde se presenten los servicios por Hemato-oncología pediátrica, y que sea trasladada de acuerdo a las ordenes e instrucciones del médico tratante. iv) se ordene a la Nueva EPS a tramitar, gestionar e intermediar para que, dadas las condiciones críticas de la menor, esta sea remitida en el término ordenado por esta sentencia. v) en el caso de que la remisión se haga para una institución por fuera de la ciudad de Sincelejo, la Nueva EPS deberá asumir o entregar los gastos de transporte y alojamiento de la menor y un acompañante a la ciudad en donde se le vayan a prestar los servicios, por el tiempo en que se permanezca en ella (ciudad). (fls. 3-4 C.ppal).

Con el fin de acreditar el aspecto atrás mencionado, se requirió a la Nueva EPS, quien contestó por conducto de apoderado judicial, informando que esa entidad había dado cumplimiento al fallo, pues se había generado autorización para valoración con la especialidad de Hemato-oncología pediátrica en la ciudad de barranquilla, de la cual se había dado cumplimiento por la afiliada del 19/03/2019 hasta el 23/03/2019, fecha en la que egresó del centro hospitalario. Igualmente sostuvo, por escrito aparte, que solicitó al área médica los soportes de los gastos de transporte de la afiliada y su acompañante.

Posteriormente, por auto del 30 de julio de 2019 se abrió incidente de desacato en contra de la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ por ser la Gerente Zonal de la NUEVA EPS, notificándose de manera personal el 15 de agosto de 2019 (fl. 55). La Nueva EPS rindió contestación por conducto de apoderado el 2 de agosto de 2019 y 14 de agosto de 2019, reiterando lo expuesto anteriormente (fls. 45-54).

Con fundamento en lo anterior, por proveído del 30 de agosto de 2019³⁰ se impuso sanción por desacato del fallo del 22 de marzo de 2019; en esta instancia se corroboró que el término concedido para dar cumplimiento a la sentencia de tutela (48 horas), está más que vencido; adicionalmente no se observa prueba total de su cumplimiento, cual es, que se autoricen y sufraguen los gastos de traslado y alojamiento de la menor Mariana Lucía Gale Arrieta y su acompañante a la ciudad de Barranquilla, durante el tiempo que requiera para cumplir con la valoración de la médico especialista en hemato-oncología pediátrica.

Es de anotar, que si bien la Nueva EPS cumplió con autorizar a la menor valoración con el médico especialista en hemato-oncología pediátrica, a la cual le dio cumplimiento la afiliada del 19/03/2019 al 23/09/2019, no acreditó dentro del trámite incidental que haya sufragado los viáticos de transporte y alojamiento, tal como lo ordenó el fallo de tutela, toda vez que el voucher anexado con el informe incidental no corresponde con la fecha en la que la afiliada fue valorada en la ciudad de Barranquilla; por tanto, no logró desvirtuar el decir de la incidentista, quien afirma que la entidad no ha cumplido de manera completa con los traslados y alojamientos cuando a la menor le es direccionado el servicio médico a ciudad distinta con razón de la patología que la aqueja.

En suma a lo anterior, conviene precisar que cuando se da la orden de transporte y estadía, debe garantizársele a la accionante el transporte necesario para salir de su hogar y llegar hasta el destino (ciudad de la remisión del servicio médico), así como su regreso y en consecuencia, se le debe proveer tanto a la paciente como a su acompañante, el suministro de los gastos necesarios para el desplazamiento y la supervivencia, como son; el transporte interno, el interdepartamental y también en la ciudad de destino para llegar a la clínica de remisión, así como la alimentación y de ser necesario; el hospedaje de ella y de su acompañante.³¹

En esos términos, se encuentra que la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la sentencia de primera instancia, ya que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, se

³⁰ Fls 57-60

³¹ Sobre el particular ver auto de aclaración de sentencia del 20 de marzo de 2019, Tribunal Administrativo de Sucre, radicado No. N° 70001-33-33-004-2019-00003-01, demandante: Eduardo Enrique Restom Abud y demandado: Nueva E.P.S.

mantienen en ese estado, pues el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la jurisprudencia³² sobre el tema: “(...) no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela (...)”.

De otra parte, frente a la causal de nulidad invocada por la incidentada (núm. 8 del art. 133 del CGP), esta Sala estima que tal como lo sostuvo el juez de primera instancia, no se encuentra configurada, en razón a que la apertura del incidente de desacato se notificó en debida forma a la encargada de cumplir la orden de tutela, esto es, IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su condición de Gerente Zonal Sucre, no siendo necesario notificar previamente al superior jerárquico de ésta, en razón a que **no estamos ante el trámite de cumplimiento de la tutela**, el cual se puede iniciar de oficio por el Juzgado de forma previa, paralela o posterior a la apertura del incidente de desacato y es precisamente en el escenario del incidente de desacato en que nos encontramos al resolver la Consulta, iniciado a petición del actor, en el cual se analiza la conducta del obligado directo y en donde no es necesaria la presencia de su superior.

Ahora bien, conforme a la sanción impuesta por el Juez Primero Administrativo, esta Colegiatura procederá a estudiar la proporcionalidad de la misma, con ocasión del desacato, conforme los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, expresados en los siguientes términos:

“El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.

*El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la **finalidad de la medida**, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.*

(...)

*El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la **idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto**. Este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez constitucional adentrarse en el estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada.*

(...)

*Igualmente, la Corte encuentra **proporcional en stricto sensu** la medida analizada, como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma las libertad de locomoción o la iniciativa privada, como tampoco la dignidad humana, el derecho al trabajo o el debido proceso; por el contrario, permite que se materialicen y protejan como se explica a continuación, por lo tanto, el*

³² CC. Sentencia T-527 de 2012.

*legislador no ha excedido las funciones que constitucionalmente le son reconocidas en la materia.*³³ (Resaltado del texto original)

Bajo los anteriores criterios, se aplicará el test de proporcionalidad a la sanción asignada en esta oportunidad a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, con funciones en Sucre, consistente en un (1) día de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, motivo por el que esta Sala analizará los siguientes aspectos:

a. Finalidad perseguida con la sanción.

En el presente caso el propósito perseguido con la sanción impuesta a la funcionaria sancionada es que la Nueva EPS cumpla con la obligación de sufragar los costos de traslado y alojamiento siempre que remita o direcciona el servicio médico a la menor Mariana Lucia Gale Arrieta y un acompañante a un lugar distinto al de su residencia, durante el tiempo que requiera, ello según lo ordenado en la sentencia proferida el 22 de marzo de 2019.

b. Idoneidad.

Sobre este punto, la Sala encuentra que la sanción atribuida es idónea para obtener el debido cumplimiento del fallo que amparó los derechos fundamentales de la menor Mariana Lucia Gale Arrieta, comoquiera que mediante la misma se pretende instar a los funcionarios de la Nueva EPS para que cumplan con la orden impartida, que en el presente caso es la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS.

c. Proporcionalidad.

En relación con este aspecto, cabe destacar que en la providencia consultada se sancionó a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, con un (1) día arresto y multa de un (1) SMLMV, medida que a juicio de esta Sala no resulta proporcional; ya que no se puede desconocer que en principio la conducta de la señora CÁRDENAS GÓMEZ se ajustó a un procedimiento interno de la entidad promotora de salud; no obstante, como medida para no privarla de la libertad se modificará el auto de 30 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, en el sentido de sancionar a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, tan solo

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

con una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sumado a lo anterior, se conminará a la referida funcionaria para que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera la menor Mariana Lucia Gale Arrieta, procurando que de manera coordinada con su tutora o madre ésta pueda agendar las citas y suministrar los gastos de viáticos y transportes requeridos para las valoraciones con médico especialista en hemato-oncología pediátrica, en la ciudad donde le sea direccionado el servicio médico. Precisándose, que la orden de transporte y estadía que se le debe proveer tanto al paciente como a su acompañante incluye: el transporte interno, el interdepartamental y también en la ciudad de destino para llegar a la clínica, así como la alimentación y de ser necesario; el hospedaje.

Cabe resaltar que si la actora advierte que no se le suministran dichos viáticos para ély un acompañante y no se le practica dicho examen médico requerido, podrá iniciar nuevamente el correspondiente incidente de desacato.

4. LAS CONCLUSIONES. Acorde con lo expuesto, (i) Se confirmará la decisión de desacato pero se modificará la multa impuesta, en cuanto al número de salarios.

En mérito de lo expuesto, el **DESPACHO 003 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

R E S U E L V E,

PRIMERO: MODIFICAR la sanción impuesta en la providencia de 30 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Sincelejo, en el sentido de imponer a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS, una multa consistente en el pago de dos (2) SMLMV.

TERCERO: CONMÍNASE a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS, para que continúe garantizando la prestación integral de los servicios médicos que requiera la menor Mariana Lucia Gale Arrieta, procurando que de manera coordinada con su tutora o madre ésta pueda agendar las citas y suministrar los gastos de viáticos y transportes requeridos para las valoraciones con médico especialista en hemato-oncología pediátrica, en la ciudad donde le sea direccionado el servicio médico. Precisándose, que la orden de transporte y estadía que se le debe proveer tanto al paciente como a su acompañante incluye: el transporte interno, el interdepartamental y también en la ciudad de destino para llegar a la clínica, así como la alimentación y de ser necesario; el hospedaje.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a la sancionada en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: OFÍCIESE a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para lo de su competencia.

SEXTO: Ejecutoriada esta decisión, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

SÉPTIMO: ADVERTIR que contra esta providencia es improcedente recurso alguno.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala de decisión No. 02, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 138.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO TORRALVO NEGRETE

(Ausente con permiso)

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY