



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, cuatro (04) de octubre 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:	70-001-33-33-004-2018-00284-01
Incidentante:	Lizeth Jhoana Martínez González
Incidentada:	Nueva E.P.S.
Procedencia:	Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo

Tema: Consulta – Confirma.

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta 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 20 de agosto de 2019 ante el *A quo*, iniciar incidente de desacato, procurando el cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 12 de septiembre de 2018¹ proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, en la que se amparó el derecho fundamental a la salud, la vida y la seguridad social de la señora LIZEYH JOHANNA MARTÍNEZ GONZÁLEZ; en consecuencia, se ordenó a la NUEVA E.P.S, que en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación del fallo, iniciara el estudio integral de la enfermedad que presenta la demandante, y de ser así, establecer si existe un tratamiento para la enfermedad que padece- ovarios poliquísticos-, caso en el cual se proceda a su realización.

¹ Fls.5-10 C.Ppal.

Así mismo, en sentencia de segundo grado de fecha 12 de octubre de 2018², se confirmó el numeral 1 de la sentencia de primera instancias y se modificó el numeral 2 de la misma, quedando establecida de la siguiente manera:

“SEGUNDO: el numeral segundo de la Sentencia de calenda 12 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, quedará así:

2.1 El tratamiento de infertilidad *que debe en principio continuar realizando* la NUEVA EPS, es precisamente el que venía siendo suministrado, esto es, *la terapia de reproducción asistida*.

2.2. El examen denominado FOLICULOGAMA deberá ser programado dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia y su realización deberá realizarse dentro de los 10 días siguientes a la precitada notificación.

2.3. Con el fin de garantizar el derecho fundamental al diagnóstico, la NUEVA EPS, deberá realizar la programación y ejecución de todos los exámenes y procedimientos que los médicos tratantes de la paciente estimen necesarios para obtener certeza respecto a su condición.

2.4. Si su médico tratante ordena otro tratamiento para su infertilidad, diferente a la terapia de reproducción asistida, la NUEVA EPS deberá suministrarlo, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales.”

El Juzgado con proveído del 02 de septiembre de 2019, previo a la apertura del incidente de desacato ofició a la NUEVA E.P.S, para que diera cumplimiento a la sentencia de tutela del 12 de octubre de 2018³. Decisión que fue notificada al buzón electrónico de la entidad incidentada (secretaria.general@nuevaeps.com.co)⁴.

Por lo anterior, el 05 de septiembre de 2019, la NUEVA E.P.S contestó el requerimiento, aduciendo que: “Señor juez, nos permitimos manifestar al despacho, se estableció comunicación con la afiliada para que se acerque por la autorización de cita para IPS PROFAMILIA, PARA CITA DE GINECOLOGÍA PARA MOSTRAR RESULTADOS.

² Fls. 11-21 C.Ppal.

³ Fl. 28.

⁴ Fls. 29-31.

Se adjunta soporte de ecografía trasvaginal, aportado por IPS RADIOLOGOS LA 14, REALIZADO EL DIA 7/03/2019.

Se informa al despacho que de acuerdo a la valoración recibida por ginecólogo que ordenó el examen de foliculograma, que por su homologación es a través de la ecografía transvaginal, por lo que se adjunta resultado.” (Cabe resaltar que no se anexó el resultado nombrado)

Por auto del 16 de septiembre de 2019, el Juez unipersonal abrió formalmente incidente de desacato contra IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S. Para ello, ordenó correr traslado por el término de tres días⁵.

Sin embargo, por medio de correo electrónico de data 19 de septiembre de 2019⁶, la NUEVA E.P.S. presentó solicitud de nulidad dentro del desacato por falta de traslado, toda vez que según ellos, no recibieron de parte del Juzgado las copias de los hechos del incidente ni sus anexos, y que el término de 72 horas, no es suficiente para poder ejercer su defensa.

Finalmente, con auto del 30 de septiembre de 2019⁷, el juez de instancia resolvió la petición presentada por la NUEVA E.P.S., negando la solicitud de nulidad y sancionado a IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S., con una multa equivalente de dos (2) SMLMV, por ser responsable de desacatar la orden que se le impartió en la sentencia de tutela del 12 de septiembre de 2018, modificado en su numeral segundo por el Tribunal Administrativo de Sucre mediante sentencia de 12 de octubre de 2018.

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.

⁵ Fls. 36-37.

⁶ Fls. 42-44.

⁷ Fls. 45-48.

¿Existió incumplimiento por parte de quien está obligado a cumplir la orden judicial de la tutela? Y en consecuencia, ¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia del 30 de septiembre de 2019 mediante la cual se negó la solicitud de nulidad presentada por la NUEVA E.P.S y se impuso multa equivalente de dos (2) SMLMV, IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S, 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 constitucional⁸, 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)”⁹. 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”¹⁰.

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 Corporación¹¹:

“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 hechos”¹².

⁸ CC. T-343 de 2011.

⁹ CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

¹⁰ CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

¹¹ Sentencia T-271/15, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

¹² Cfr. Sentencia T-1113 de 2005.

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.¹³ (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 responsabilidad¹⁴, 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)”¹⁵.

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 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 hechos¹⁶.

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados pero diferenciables¹⁷, a saber:

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

¹³ Sentencia T-171 de 2009.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sentencias T-171 de 2009 y T 1113 de 2005, entre otras.

¹⁶ Sentencia T-1113 de 2005.

¹⁷ 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.”

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”*¹⁸ 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”*¹⁹ 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 cumplimiento²⁰.

En cuarto lugar también se ha aclarado que *“el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato”*²¹ y por ello *“en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato”*²². 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 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.*

¹⁸ CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008.

¹⁹ CC. T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005.

²⁰ CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.

²¹ CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006.

²² CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.

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 Constitucional²³, 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 excepcionálísimas, 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 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 sostenido²⁴:

²³ CC. C-367 de 2014.

²⁴ 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

“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 Corporación²⁵ 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 desacato²⁶, 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 (...)*”²⁷.

3.3.2. CUESTIÓN PREVIA - INCIDENTE DE NULIDAD PROPUESTO POR LA NUEVA EPS.

²⁵ 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.

²⁶ CC. Auto 181 de 2015.

²⁷ CC. T-171 de 2009.

Previo a resolver el caso en concreto, este Tribunal estima pertinente pronunciarse sobre el escrito de nulidad por indebida notificación de la apertura del incidente de desacato, que fue presentado por la NUEVA EPS en el curso del trámite incidental por desacato²⁸.

Aduce la NUEVA EPS, como causal de anulación, que en el trámite incidental, no se recibió por parte del juzgado, las copias de los hechos del incidente ni sus anexos, así como que el término de 72 horas les parece insuficiente para ejercer su defensa, por lo que estiman pertinente la solicitud de nulidad.

Igualmente señalan que, sobre el trámite de la tutela, deberá atenderse a lo dispuesto el numeral 8 del artículo 133 del CGP, así mismo, citan el ACUERDO No. PSAA1 5-10392 de fecha primero de octubre de 2015, en su artículo 1.

Frente a la causal de nulidad invocada por la incidentada (num. 8 del art. 133 del CGP), esta Sala estima que no se encuentra configurada, en razón a que la apertura del incidente de desacato se notificó en debida forma.

Prueba de ello son: (i) los correos electrónicos enviados en el trámite de requerimiento, (ii) que coinciden con aquellos de notificación de la apertura del incidente de desacato (secretaria.general@nuevaeps.com.co), visible a folios 29, 39 y 41, (iii) que a su vez es el mismo del escrito de nulidad: secretaria.general@nuevaeps.com.co, folio 44, que evidencia las notificaciones.

Precisamente por ello y atendiendo a lo establecido por la Corte Constitucional en el **Auto A-326-13**, tenemos que:

Así las cosas, cualquiera que sea el medio empleado por el juez para dar a conocer la decisión a las partes o a los sujetos legitimados para impugnarla, aquél debe ser lo suficientemente efectivo para garantizar, como mínimo, el derecho de defensa del afectado.

Sin embargo, de lo anterior no se deriva que la notificación de la apertura de un incidente de desacato deba hacerse de manera personal, so pena de ser declarado nulo. Esta Corte, al resolver en la sentencia **T-343 de 2011** un caso en el que se alegaba un defecto procedimental en la decisión de un juez de tutela al fallar un incidente de desacato pues la apertura del incidente no se había notificado personalmente, consideró que:

“Los alegados defectos procedimentales no se configuraron porque la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la

²⁸ El presente escrito fue recibido por el Juzgado 4, mediante correo electrónica el día 19 de septiembre de 2019.

orden impartida en la sentencia de tutela, como bien señala el juez de segunda instancia esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales, además Acción Social tuvo conocimiento del incidente que estaba en curso y presentó distintos memoriales por medio de sus apoderados judiciales pero no aportó elementos probatorios que permitieran verificar el cumplimiento del fallo. Tampoco es cierto que se pretermitiese la etapa probatoria pues se corrió traslado a la entidad pública para tal efecto, y ésta allegó numerosos escritos pero no la prueba del cumplimiento. Por otra parte, aunque no se procedió a la notificación personal de la providencia que resolvió el incidente de desacato es claro que Acción Social tuvo conocimiento de la misma pues los apoderados judiciales de esta entidad participaron activamente durante el trámite de la consulta de la sanción impuesta.

Con lo cual queda demostrado que se garantizó el derecho de defensa del sancionado.

Ahora bien, conviene reiterar, conforme el precedente jurisprudencial citado en precedencia, que existe una diferencia entre el cumplimiento de la tutela (*trámite previsto en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991*) y el incidente de desacato (*artículos 52 y 27 del mencionado decreto*), pues en el primero es obligación vincular a quien es el superior jerárquico de quien está obligado a acatar la orden de tutela, para que lo conmine a cumplir la sentencia judicial o en su defecto adelantar el procedimiento disciplinario a que hubiera lugar (responsabilidad objetiva); mientras que en el segundo, se analiza si la persona obligada a cumplir la orden de tutela actuó con negligencia u omisión injustificada (responsabilidad subjetiva), no siendo necesaria hacer relación a la responsabilidad que puede recaer en el superior de quien es el encargado de cumplir la tutela.

Ubicados en el contexto **del trámite del cumplimiento tutela** (*trámite previsto en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991*) primero se solicita al directamente encargado que la cumpla, si no lo hace se realiza el requerimiento al superior para que haga cumplir la orden, si pasadas 48 horas, no se han ejecutado los mandatos contenidos en la sentencia, se abrirá proceso contra el superior y el juez de conocimiento adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

Para la Colegiatura es claro por tanto 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 de la actora, en el cual se analiza la conducta del obligado directo y en donde no es necesaria la presencia de su superior.

3.4. EL CASO CONCRETO.

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, la Sala estima necesario reiterar 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 Cuarto 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 12 de septiembre de 2018, modificado en segunda instancia mediante sentencia de fecha 12 de octubre de 2018 y, por lo tanto, la sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en la medida en que no acreditó que hayan tomado las medidas necesarias para que a la actora se le preste la atención médica en forma integral, se le realicen los procedimientos y exámenes que ordene el médico tratante.

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 12 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, modificada por el Tribunal Administrativo de Sucre en segunda instancia ordenó:

“PRIMERO: Se confirma el numeral primero de la Sentencia de calenda 12 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: el numeral segundo de la Sentencia de calenda 12 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, quedará así:

2.1 El tratamiento de infertilidad que debe en principio continuar realizando la NUEVA EPS, es precisamente el que venía siendo suministrado, esto es, la terapia de reproducción asistida.

2.2. El examen denominado FOLICULOGRAMA deberá ser programado dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia y su realización deberá realizarse dentro de los 10 días siguientes a la precitada notificación.

2.3. Con el fin de garantizar el derecho fundamental al diagnóstico, la NUEVA EPS, deberá realizar la programación y ejecución de todos los exámenes y procedimientos que los médicos tratantes de la paciente estimen necesarios para obtener certeza respecto a su condición.

2.4. Si su médico tratante ordena otro tratamiento para su infertilidad, diferente a la terapia de reproducción asistida, la NUEVA EPS deberá suministrarlo, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales.”

Expresa la señora Martínez González que le fue asignada cita con el especialista en Ginecología para el día 02 de octubre de 2018, en la cual fue diagnosticada con N 974 INFERTILIDAD FEMENINA ASOCIADA CON FACTORES MASCULINOS Y E282 SÍNDROME DE OVARIO POLIQUÍSTICO, y le ordenaron la remisión a **GINECÓLOGO ESPECIALISTA EN FERTILIDAD**; así las cosas, le fue asignada cita con especialista en Ginecología y Obstetricia, con una nota que decía “válida para fertilidad” en la entidad PROFAMILIA, el día 15 de noviembre de 2018 en la ciudad de Barranquilla; sin embargo, afirma que al preguntarle a la especialista si tenía estudios en fertilidad, le dijo que no (hecho tercero del incidente); no obstante, la misma emitió los diagnósticos de N939 HEMORRAGIA VAGINAL Y UTERINA ANORMAL, NO ESPECIFICADAS. N912 AMENORREA, SIN OTRAS ESPECIFICACIONES, **remitiéndola nuevamente a ESPECIALISTA EN FERTILIDAD** y ordenando la práctica de exámenes.

Manifiesta que al volver a Sincelejo, molesta porque no la habían enviado ante la especialista que le correspondía (En fertilidad), solicitó la autorización para este experto, sin embargo, hasta la fecha no se le ha asignado cita alguna.

Por lo anterior, el Juez de primera instancia, previó a abrir el trámite incidental, se requirió al Representante Legal de la NUEVA E.P.S, para que informara sobre el cumplimiento del fallo de tutela, la cual fue contestada en término, aduciendo avances en el tratamiento de la paciente y señalando que anexaban soporte de sus afirmaciones, aunque al verificar el dossier no había prueba alguna.

Posteriormente, se abrió incidente de desacato en contra la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ por ser la Gerente Zonal de la NUEVA EPS, quienes solicitaron la nulidad por falta de traslado.

Con fundamento en lo anterior, por proveído del 30 de septiembre de 2019²⁹ se impuso sanción por desacato del fallo del 12 de octubre de 2018; 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 de su cumplimiento, a excepción de lo expuesto por la señora Lizeth Jhoana Martínez González.

Conforme a lo anterior, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite incidental, en ninguna de las instancias, la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, ofreció una respuesta que justifique los hechos del incidente de desacato, como quiera que la incidentante ha seguido el trámite y las remisiones asignadas por la entidad y aun cuando en dos ocasiones ha sido remitida al especialista en FERTILIDAD, en realidad no se le ha autorizado cita alguna que cumpla con dicho requerimiento, por el contrario, fue enviada a la ciudad de Barranquilla a una cita con la especialista en Ginecología, el 15 de noviembre de 2018³⁰, cuando desde el 02 de octubre de 2018³¹, el especialista en Ginecología y Obstetricia había recomendado cita de fertilidad.

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 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 (...)*”.

Ahora bien, conforme a la sanción impuesta por la Juez Cuarto, 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.

²⁹ Fls 44 a 47

³⁰ Fl. 23-24.

³¹ Fl. 25-27

³² CC. Sentencia T-527 de 2012.

*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 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 multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, 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 se cumpla el fallo proferido el 12 de octubre de 2018, por medio del cual se ordenó a la Nueva EPS que autorizara el tratamiento de infertilidad, la terapia de reproducción asistida, el examen denominado FOLICULOGRAMA, así como realizar la programación y ejecución de todos los exámenes y procedimientos que los médicos tratantes de la paciente estimen necesarios **para obtener certeza respecto a su condición**. Así mismo, estableció que “Si su médico tratante ordena otro tratamiento para su infertilidad, diferente a la terapia de reproducción asistida, la NUEVA EPS deberá suministrarlo, previo consentimiento informado de la accionante respecto de las tasas de éxito y de fracaso de la mencionada terapia y de sus potenciales efectos colaterales.”

b. Idoneidad.

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

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 señora LIZETH JHOANA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, 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 multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, medida que a juicio de esta Sala resulta proporcional; ya que han sido reticentes a asignarle la cita con especialista en FERTILIDAD a la señora Martínez González.

- ❖ Sumado a lo anterior, se conminará a la referida funcionaria para que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera la señora LIZETH JHOANA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, procurando que de manera coordinada con ésta se agenden las citas con el especialista en FERTILIDAD y los exámenes necesarios para el tratamiento de **terapia de reproducción asistida, QUE VENÍA SIENDO SUMINISTRADO POR LA ENTIDAD.**

Cabe resaltar que si la actora advierte que no se da cabal cumplimiento con lo aquí dispuesto podrá iniciar nuevamente el correspondiente incidente de desacato.

4. LAS CONCLUSIONES. Acorde con lo expuesto, (i) Se confirmará la decisión de desacato proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY,

RESUELVE,

PRIMERO: SE CONFIRMA la negativa a solicitud de nulidad propuesta por la NUEVA EPS, conforme a las consideraciones.

SEGUNDO: SE CONFIRMA la sanción impuesta en la providencia de 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Sincelejo.

TERCERO: CONMÍNASE a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS, para que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera la SEÑORA LIZETH JHOANA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, procurando que de manera coordinada con ésta, se agenden las citas con el especialista en FERTILIDAD y los exámenes necesarios para su tratamiento de **terapia de reproducción asistida, QUE VENÍA SIENDO SUMINISTRADO POR LA ENTIDAD.**

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

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

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

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 140.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY