

Cartagena de Indias D. T. y C. Tres (03) de octubre de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-012-2022-00096-01
Demandante	MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	CONFIRMA SANCION

Procede la Sala a resolver, en el Grado jurisdiccional de Consulta, el trámite incidental de Desacato promovido por la señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA, dentro del cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró en desacato y sancionó a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces al momento de la notificación, en razón al incumplimiento del fallo de tutela de fecha 26 de abril de 2022, imponiendo sanción consistente en una multa equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.L.M.V).

II. ANTECEDENTES

La señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA, instauró acción de tutela contra NUEVA EPS con el propósito que se le tutelara el derecho fundamental a la salud, vida y dignidad humana.

Mediante sentencia de fecha 26 de abril de 2022, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió el amparo constitucional, ordenando:

“PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a la VIDA de la señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.



SEGUNDO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de dos (02) días, programe la realización de los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, esto es, RECONSTRUCCIÓN DE MEATO AUDITIVO VÍA ENDOSCÓPICA, TIMPANOPLASTIA CON REVISIÓN DE LA CADENA OSICULAR VÍA ENDOSCÓPICA, REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA MALAR, CON REDUCCIÓN PISO DE ORBITA INJERTO O FIJACIÓN INTE, MASTOIDECTOMÍA SIN PRESERVACIÓN DE LA PARED POSTERIOR VÍA ENDOSCÓPICA Y PAROTIDECTOMÍA TOTAL con destino a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. en la ciudad de Barranquilla

TERCERO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de dos (02) días, autorice los exámenes correspondientes a HEMOGRAMA PT, PTT BUN, CREATININA, GLICEMIA, URONALISIS EKG y RX TORAX y valoraciones por nefrología y anestesiología, en la forma prescrita por su médico tratante.

CUARTO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de un (1) días posterior a la programación de la realización de los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, deberá cubrir los gastos de transporte que la señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA y un (1) acompañante a para desplazarse desde el Municipio de CLEMENCIA (BOLÍVAR) hasta la ciudad de BARRANQUILLA (ATLÁNTICO) y su retorno a su residencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del plazo para impugnar, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEPTIMO: En su debida oportunidad, archívese el expediente."

III. TRAMITE

Mediante auto de fecha 23 de agosto de 2022, se resolvió de fondo incidente de desacato contra por el presunto incumplimiento de fallo de tutela de fecha 26 de abril de 2022 promovido por la accionante mediante solicitud de fecha 27 de julio de 2022, en el cual se abstuvo de declarar en desacato a la incidentada y se ordenó que para el día 30 de agosto de 2022 presente informe sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela; en caso de incumplimiento de dicha orden, el Despacho Judicial iniciaría de manera oficiosa incidente de desacato contra la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en su calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS.

Toda vez que no se recibió el informe solicitado a NUEVA EPS en el auto de fecha 23 de agosto de 2022, ingreso el proceso al Despacho Judicial para realizar requerimiento conforme a la orden dada en dicho auto.

El accionante, en fecha 06 de septiembre de 2022, allego memorial solicitando dar apertura a trámite incidental de desacato contra la parte accionada.

Por medio de auto de fecha 06 de septiembre de 2022 se requirió a la accionada para que cumpla lo ordenado en sentencia de fecha 26 de abril de 2022, confiriéndole un término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, a partir de su notificación.

La accionada presento informe en fecha 08 de septiembre de 2022, en el cual manifiesta que el área técnica en salud se encuentra en revisión del caso para verificar lo expresado por el accionante y determinar las posibles barreras en el servicio; igualmente, aportó como pruebas de

gestión, cita de anestesiología para el día miércoles 8 de junio con el Dr. Daniel Vargas a las 7:20 am y se adjuntó autorización para cirugía que le fue enviada al accionante para su programación.

A su vez, señalo estar gestionando con la Clínica Serena del Mar, la cotización de la cirugía; adjuntando lo siguiente:

- La autorización de servicios (POS-14966)-P004-183533711 de fecha 4 de agosto de 2022.
- Solicitud de programación de junta médica por especialista por cambio de prestador de usuaria María Alejandra Herazo Mendoza, de fecha 9 de agosto de 2022, por medio de la cual se confirma asignación de cita de cirugía de cabeza y cuello para el lunes 29 de agosto de 2022 a la 1:00pm con el Dr. Carlos Duran.
- Correo de fecha 7 de septiembre de 2022, por medio del cual se dirige a la Clínica Serena del Mar solicitando cotización sobre cirugía de otología con acompañamiento de cirujano de cabeza y cuello para procedimiento mastoidectomía sin preservación de la pared posterior vía endoscópica, timpanoplastia con revisión de la cadena osivascular vía endoscópica, reconstrucción de meato auditivo externo, parotidectomía total, colgajo de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados para usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.
- Correo electrónico de 5 de agosto de 2022, a través del cual, la Nueva EPS, solicita la programación de consulta por especialidad de cirujano de cabeza y cuello a la usuaria María Alejandra Herazo.
- Correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2022, por medio del cual Nueva EPS, solicita programación de junta médica por cambio de prestador a la usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.

Por medio de auto de fecha 07 de septiembre de 2022, se apertura incidente de desacato contra la Doctora Martha Peñaranda Zambrano, en calidad de Gerente Regional de la Nueva EPS, por el incumplimiento del fallo de tutela proferido el 26 de abril de 2022.

Posteriormente, la accionada rindió nuevo informe en fecha 21 de septiembre de 2022, en el cual informa:

“Se pone en conocimiento del Despacho que el presente caso se encuentra en revisión del mismo para determinar las posibles demoras en el trámite del mismo. Nos encontramos solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esa gestión que el accionante requiere, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté negado por la entidad.

Sin embargo, debe aclararse que la prestación del servicio se debe realizar con la red de prestación de NUEVA EPS y con los médicos adscrito a NUEVA EPS”

Por lo anterior, por medio de auto de fecha 23 de septiembre de 2022, se declaró en desacato a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, imponiéndole sanción consistente en multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, en el trámite de segunda instancia, la incidentada presento solicitud de revocar sanción, en fecha 30 de septiembre de 2022, en el cual manifiesta:

“Nos permitimos informarle que la señora MARIA HERAZO MENDOZA, fue remitida por especialista cirujano oncológico de Clínica Dumian El Bosque con remisión a la especialidad de otología, siendo atendida en la Clínica ORLDEL CARIBE, quien ordena los procedimientos de MASTOIDECTOMIA RADICAL MODIFICADA DEL OIDO DERECHO, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADEA OSICULAR, RECONSTRUCCION DEL MEATO AUDITIVO EXTERNO, debido a su lesión el doctor Carlos Vélez decide hacerle la remisión al Hospital Universitario para poder llevar a cabo la cirugía con acompañamiento de cirujano de cabeza y cuello, a la usuaria se cumplió con los ordenamientos para llevar a cabo la cirugía el hospital y el día 30 de junio del 2022, no envía notificación parte del Hospital Universitario en el cual nos informan:



Por medio de la presente informamos sobre el caso de la Usuaría MARIA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA CC.1051889738, quien es valorada por la Subespecialidad de Otorología en cabeza del Dr. Carlos Arturo Vélez Duncan quien, en base a diagnóstico de Tumor Benigno de Glándula Parótida, solicita acompañamiento en los tiempos quirúrgicos de Cirugía de Cabeza y cuello; especialidad de la cual no contamos en la actualidad; derivamos este caso a fin de que la usuaria sea redireccionada a una IPS de su red de prestadores que disponga de la misma.

Pese a todo este imprevisto, se establece comunicación con la Clínica Hospitalaria Serena del Mar (IPS NO ADSCRITA A NUEVA EPS) quien indica que cuenta con los especialistas en otorología y cirujano de cabeza y cuello, el cual se encuentra de revisión de la historia clínica de la paciente para poder enviar cotización del procedimiento a realizar, sin embargo, el cirujano de cabeza y cuello Dr. Jonathan Liendo informa que viendo su historial médico podría realizar la cirugía sin el acompañamiento del otólogo pero que previamente necesita valorar a la paciente, por lo que se procede a asignar cita la cual se encuentra programada para el día de octubre de 2022 a las 5:30 p.m. con el Dr. Johathan Liendo, una vez valorada la paciente, se procede a confirmar si es operada en Clínica Cartagena del Mar o Clínica Hospitalaria Serena del Mar (por pago anticipado), cita informada a la accionante.

Así las cosas, no puede entenderse que exista un incumplimiento del fallo, dado que, para proceder a practicar el procedimiento requerido por la accionante, se debe contar con el criterio de los especialistas, por lo que no puede predicarse una conducta negligente de la funcionaria incidentada, cuando esta ha procurado con las Clínicas que atiende a la usuaria, valoren a la paciente para definir los procedimientos a realizar. Por lo tanto, no estaríamos en presencia de un incumplimiento toda vez que NUEVA EPS ha realizado todas las acciones positivas, generando las autorizaciones correspondientes en cumplimiento del fallo de tutela, es decir, procurando por todos los medios la prestación de los

servicios de salud al accionante de conformidad con lo establecido en el fallo de tutela y en la ley.”

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

“Artículo 52. DESACATO

(...)

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

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, queda resuelto el tema de la competencia, y procederá esta Sala de Decisión a realizar el estudio de fondo.

2. El Cumplimiento de los Fallos de Tutela

Con la implementación de la Acción de Tutela en nuestro sistema jurídico, el Constituyente decidió dotar de poderes especiales a los Jueces de la República, en procura de la protección de los Derechos Fundamentales de los asociados; de la misma manera, la Constitución Política le dio un carácter especial a los fallos que se profieren en torno a esta Acción Constitucional, para impedir la laceración efectiva de garantías de Orden Superior. En este sentido encontramos que el fallo de tutela, a diferencia de los demás fallos judiciales, no necesita estar ejecutoriado para que se haga exigible su cumplimiento, puesto que es el mismo artículo 86 Constitucional que le imprimela obligatoriedad al fallo desde que éste es proferido por el juez respectivo.

La norma expresa lo siguiente:

***“Artículo 86. Acción de Tutela.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. **El fallo, que será de inmediato cumplimiento,** podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”. (Subrayas, negrillas y cursivas fuera del texto original de la norma).*

Es claro el afán que tuvo la Asamblea Constituyente de consagrar la obligatoriedad inmediata del fallo de tutela, ya que de éste se desprende la protección de los Derechos Fundamentales que puedan estar siendo violados por la Administración. Esta exigencia encuentra su fundamento en el carácter garantista del Estado Social de Derecho.

En ese mismo sentido, el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991, reglamentario de la Acción de Tutela, establece:

“Artículo 27. Cumplimiento del fallo.** Proferido el fallo que concede la tutela, **la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir el proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente las medidas para el cabal



cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho eliminadas las causas de la amenaza.”

De las normas antes transcritas se desprende, para la autoridad agresora, una acción objetiva, como lo es el cumplimiento inmediato del fallo de tutela, la cual no puede ser inobservada por la Administración. Lo anterior no obsta para que la autoridad recurra ante el superior para pedir la revocatoria del fallo condenatorio.

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al carácter objetivo del cumplimiento de los fallos de tutela, para la muestra, el concepto del Despacho y del Servicio Civil del Consejo de Estado estipula lo siguiente:

“En tratándose de la acción de tutela, también el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 dispone que los fallos de tutela deben cumplirse "sin demora", so pena que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y se abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél y de las sanciones por desacato¹.”

3. El Incidente de Desacato como instrumento coercitivo y disciplinario en cabeza del juez constitucional de tutela - responsabilidad de las autoridades por el desconocimiento de los fallos de tutela.

Con el propósito de dotar al Juez Constitucional de un arma capaz de combatir la desobediencia de las autoridades al momento de

¹ Consejo De Estado, Sala de Consulta y del Servicio civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. N.º 1863.

desconocer los fallos de Tutela, el Decreto Ley 2591 de 1991 estableció el Incidente de Desacato como mecanismo procesal para conseguir el forzoso cumplimiento de esta especie de mandatos judiciales.

El Desacato de Tutela es un trámite incidental tendiente para verificar, la petición de la parte interesada, el cumplimiento de las órdenes impartidas por el Juez de Tutela, cuando quiera que se pueda considerar que las autoridades obligadas a dar, hacer o no hacer en pro de la protección de los derechos fundamentales tutelados han sido renuentes al obedecimiento de las ordenes tutelares. El Incidente de Desacato suele terminar con el pronunciamiento mediante auto Interlocutorio que puede declarar o no en desacato a la autoridad obligada al cumplimiento del fallo. En el evento en que la entidad sea declarada en desacato esta será sancionada con multa o arresto, dependiendo del caso.

Cuando se trata del obedecimiento de los fallos de tutela existen dos clases de responsabilidades, obedeciendo a si se habla del cumplimiento del fallo propiamente dicho o del cumplimiento por medio del trámite incidental de desacato: (i) cuando se está frente al cumplimiento del fallo de tutela propiamente dicho, la responsabilidad del funcionario es objetiva; y, (ii) cuando se trata del cumplimiento a través del trámite incidental la responsabilidad es del orden subjetivo. Al respecto de la responsabilidad objetiva y subjetiva, la Corte Constitucional ha dicho:

“El cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración; por su parte, el desacato es una cuestión accesoria de origen legal y para que exista se requiere una responsabilidad de tipo subjetivo consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela²”

² Sentencia T-171 de 2009, Corte Constitucional, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Así pues, el Juez Constitucional, dentro del trámite incidental, deberá establecer si el incumplimiento del fallo se debe a una conducta dolosa o culposa de la autoridad respectiva, y no a un hecho ajeno del querer de éste a la negligencia o renuencia del Accionante.

Vale decir que la carga de la prueba en el Incidente de Desacato está en cabeza de la autoridad transgresora, restándole al actor manifestar que ésta ha incumplido con lo ordenado por el Juez de Tutela.

En conclusión, el verdadero objetivo del Incidente de Desacato es el cumplimiento del fallo, independientemente que a partir de la declaratoria de desacato se deriven sanciones en contra de la autoridad incumplidora. Por otra parte, dentro del trámite del incidente de desacato se deben observar los principios propios del debido proceso y derecho de defensa.

3.1 Generalidades del Incidente de Desacato y de la Consulta del Incidente de Desacato

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, regulador del trámite de la acción de tutela, contempla que *"la persona que incumpliere una orden de un juez proferido con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa 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".

Dicho trámite debe estar rodeado por todas las garantías necesarias para la debida defensa y contradicción para ambas partes, pero en especial, para las autoridades que presuntamente han incumplido el fallo de tutela al momento de admitir el incidente de desacato.

Así, la Honorable Corte Constitucional ha establecido, en la sentencia T-459/03:

"no puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental³, lo cual presume que el juez, sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior."

En razón de lo anterior, el campo de acción del Juez de Consulta está sujeto a dos aspectos esenciales, pues primero deberá verificarse si existió un verdadero incumplimiento por parte de la autoridad accionada y, luego, deberá establecerse si la sanción impuesta por el Juez de Instancia resulta pertinente y adecuada; además deberá analizar si la decisión proferida por el operador judicial no resulta violatoria de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y demás normas concordantes, como del debido proceso y el derecho de defensa.

Acerca de la figura jurídica de la consulta del incidente de desacato, la Corte ha determinado que:

"la consulta, (...) es una institución que en muchos casos tiene por objeto garantizar los derechos de las personas involucradas en un proceso. El artículo 31 de la Constitución la prevé como una de las manifestaciones de la doble instancia, y por tanto puede

³ Consejo De Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007, Concejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo N° 1863.

decirse que ésta establece un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa⁴”.

Ahora bien, la declaración de nulidad en la consulta tiene lugar cuando se ha visto afectado el debido proceso del disciplinado, impidiéndosele que haga valer su derecho a la defensa, haciendo uso de los medios procesales que permitan desvirtuar la tesis de responsabilidad subjetiva, a él atribuida.

El papel del Juez de Consulta está entonces limitado a determinar que la declaración de desacato se haya hecho conforme a los principios preponderantes en el orden jurídico vigente, como son el debido proceso, el principio de legalidad, el derecho a la defensa y a la contradicción.

Las acciones que debe adelantar el Juez de consulta a la luz de los principios antes nombrados van encaminadas a establecer de forma fehaciente si existió o no, responsabilidad por parte del funcionario disciplinado. No obstante, se debe aclarar que la responsabilidad que se le atribuye al disciplinado es de tipo subjetivo. Al respecto ha dicho la Corte que:

“el desacato es una figura accesoria de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo noda lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela⁵”.

Estos requisitos, los debe establecer el Juez de Consulta, así, como es menester que, determine la proporcionalidad entre el grado de responsabilidad subjetiva y la sanción impuesta, puesto que la sanción que señala el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, está llamada a afectar la libertad personal del sancionado, su derecho a la libre locomoción, y su patrimonio económico, sin embargo se debe apuntar que la naturaleza de la *“sanción de multa y arresto tiene por objetivo*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-399 de 2019. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de Los derechos fundamentales reclamados por el demandante, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser interpuestas".

V. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados.

- Obra en el sub examine sentencia de acción de tutela del 26 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.⁶
- Obra en el sub examine auto de fecha 23 de agosto de 2022, por medio del cual se resolvió de fondo incidente de desacato por el presunto incumplimiento de fallo de tutela de fecha 26 de abril de 2022 promovido por la accionante mediante solicitud de fecha 27 de julio de 2022, en el cual se abstuvo de declarar en desacato a la incidentada y se ordenó que para el día 30 de agosto de 2022 presente informe sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela; en caso de incumplimiento de dicha orden, el Despacho Judicial iniciaría de manera oficiosa incidente de desacato contra la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en su calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS.⁷
- Obra en el sub examine memorial de fecha 06 de septiembre, por medio del cual la accionante solicita dar apertura a trámite incidental de desacato.⁸
- Obra en el sub examine auto de fecha 06 de septiembre de 2022, por medio del cual se requirió a la accionada para que cumpla lo ordenado en sentencia de fecha 26 de abril de 2022, confiriéndole un término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, a partir de su notificación.⁹
- Obra en el sub examine informe de fecha 08 de septiembre de 2022, por parte de la accionada NUEVA E.P.S.¹⁰
- Obra en el sub examine autorización de servicios (POS-14966)-P004-

⁶ Archivo digitalizado 01Sentencia

⁷ Archivo digitalizado 02AutoNoSanciona

⁸ Archivo digitalizado 05MemorialAccionante

⁹ Archivo digitalizado 09AutoRequiere

¹⁰ Archivo digitalizado 17InformeRequerimiento

- 183533711 de fecha 4 de agosto de 2022.¹¹
- Obra en el sub examine solicitud de programación de junta médica por especialista por cambio de prestador de usuaria María Alejandra Herazo Mendoza, de fecha 9 de agosto de 2022, por medio de la cual se confirma asignación de cita de cirugía de cabeza y cuello para el lunes 29 de agosto de 2022 a la 1:00pm con el Dr. Carlos Duran.¹²
 - Obra en el sub examine correo de fecha 7 de septiembre de 2022, por medio del cual se dirige a la Clínica Serena del Mar solicitando cotización sobre cirugía de otología con acompañamiento de cirujano de cabeza y cuello para procedimiento mastoidectomía sin preservación de la pared posterior vía endoscópica, timpanoplastia con revisión de la cadena osivascular vía endoscópica, reconstrucción de meato auditivo externo, parotidectomía total, colgajo de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados para usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.¹³
 - Obra en el sub examine correo electrónico de 5 de agosto de 2022, a través del cual, la Nueva EPS, solicita la programación de consulta por especialidad de cirujano de cabeza y cuello a la usuaria María Alejandra Herazo.¹⁴
 - Obra en el sub examine correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2022, por medio del cual Nueva EPS, solicita programación de junta médica por cambio de prestador a la usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.¹⁵
 - Obra en el sub examine auto de fecha 07 de septiembre de 2022, por medio del cual se abre incidente de desacato.¹⁶
 - Obra en el sub examine Informe de fecha 21 de septiembre de 2022 por parte la accionada NUEVA E.P.S. ¹⁷
 - Obra en el sub examine auto de fecha 23 de septiembre de 2022, por medio del cual se declaró en desacato a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, imponiéndole sanción consistente

¹¹ Archivo digitalizado 18AnexosInformeRequerimiento Folio 1

¹² Archivo digitalizado 18AnexosInformeRequerimiento Folio 2

¹³ Archivo digitalizado 18AnexosInformeRequerimiento Folio 3

¹⁴ Archivo digitalizado 18AnexosInformeRequerimiento Folio 4

¹⁵ Archivo digitalizado 18AnexosInformeRequerimiento Folio 5

¹⁶ Archivo digitalizado 19AbreDesacato

¹⁷ Archivo digitalizado 22Informe

- en multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.¹⁸
- Obra en el sub examine solicitud de revocar sanción, por parte de la incidentada, en fecha 30 de septiembre de 2022.¹⁹
 - Obra en el sub examine Autorización de servicio No. P005-187757029 Por consulta con especialista en cabeza y cuello.²⁰
 - Obra en el sub examine Historia clínica de atención en la ORL DEL CARIBE.²¹
 - Obra en el sub examine Historia clínica de atención en la Organización Clínica General del Norte.²²
 - Obra en el sub examine Historia Clínica de atención en el Hospital Universitario del Caribe.²³

5.2. Análisis crítico de las pruebas.

En primer lugar, precisa la Sala, que, para efectos de declarar en Desacato, es necesario examinar los aspectos objetivos y subjetivos en la conducta del incidentado; pues como se anotó ut supra, lo primero se concreta en el mero incumplimiento y lo segundo en la falta de justificación del incumplimiento, es decir en la renuencia. Por ello, no todo incumplimiento constituye necesariamente desacato, pues se requiere la concurrencia de los dos elementos.

Así, para la constatación del incumplimiento de una sentencia basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado; y no interesa averiguar el grado de culpa o negligencia de la autoridad encargada de darle cumplimiento, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que la orden sea finalmente cumplida.

En cambio, **el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva** de la persona por cuya conducta se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. En este escenario, sí juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio, verbigracia, los grados y

¹⁸ Archivo digitalizado 23Sanciona

¹⁹ Carpeta digital 02SegundaInstancia Archivo digitalizado 03SolicitudRevocarSanción Folios 1-5

²⁰ Carpeta digital 02SegundaInstancia Archivo digitalizado 03SolicitudRevocarSanción Folio 35

²¹ Carpeta digital 02SegundaInstancia Archivo digitalizado 03SolicitudRevocarSanción Folios 8-33

²² Carpeta digital 02SegundaInstancia Archivo digitalizado 03SolicitudRevocarSanción Folio 7

²³ Carpeta digital 02SegundaInstancia Archivo digitalizado 03SolicitudRevocarSanción Folios 34

modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta e incluso el dolo.

En este orden, para establecer si en el sub judice se configura el desacato a la orden judicial por parte de la parte accionada; la Sala procede a contrastar el contenido de la orden emitida en la sentencia de tutela, frente las actuaciones adelantadas por el incidentado.

Advierte la Sala, que la situación fáctica que motivó la solicitud de adelantar la actuación de desacato se traduce en el incumplimiento de un fallo emanado del Juzgado Doce Administrativo de Bolívar, de fecha 26 de abril de 2022, mediante el cual concedió el amparo constitucional y ordenó:

“PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a la VIDA de la señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de dos (02) días, programe la realización de los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, esto es, RECONSTRUCCIÓN DE MEATO AUDITIVO VÍA ENDOSCÓPICA, TIMPANOPLASTIA CON REVISIÓN DE LA CADENA OSICULAR VÍA ENDOSCÓPICA, REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA MALAR, CON REDUCCIÓN PISO DE ORBITA INJERTO O FIJACIÓN INTE, MASTOIDECTOMÍA SIN PRESERVACIÓN DE LA PARED POSTERIOR VÍA ENDOSCÓPICA Y PAROTIDECTOMÍA TOTAL con destino a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. en la ciudad de Barranquilla.

TERCERO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el

término de dos (02) días, autorice los exámenes correspondientes a HEMOGRAMA PT, PTT BUN, CREATININA, GLICEMIA, URONALISIS EKG y RX TORAX y valoraciones por nefrología y anestesiología, en la forma prescrita por su médico tratante.

CUARTO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de un (1) días posterior a la programación de la realización de los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, deberá cubrir los gastos de transporte que la señora MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA y un (1) acompañante a para desplazarse desde el Municipio de CLEMENCIA (BOLÍVAR) hasta la ciudad de BARRANQUILLA (ATLÁNTICO) y su retorno a su residencia.

(...).”

De acuerdo con el accionante, la orden impartida no fue acatada por la accionada, por lo que este promovió incidente de desacato y mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2022 06, se requirió a la accionada para que cumpla lo ordenado en sentencia de fecha 26 de abril de 2022, toda vez que la actora manifiesta que existe un claro incumplimiento de la incidentada.

A su turno, **la incidentada, envía informe el día 08 de septiembre de 2022, en el cual manifiesta que el área técnica en salud se encuentra en revisión del caso para verificar lo expresado por el accionante y determinar las posibles barreras en el servicio;** igualmente, aportó como pruebas de gestión, cita de anestesiología para el día miércoles 8 de junio con el Dr. Daniel Vargas a las 7:20 am y se adjuntó autorización para cirugía que le fue enviada al accionante para su programación.

A su vez, señaló estar gestionando con la Clínica Serena del Mar, la cotización de la cirugía; adjuntando lo siguiente:

- La autorización de servicios (POS-14966)-P004-183533711 de fecha 4 de agosto de 2022.



- Solicitud de programación de junta médica por especialista por cambio de prestador de usuaria María Alejandra Herazo Mendoza, de fecha 9 de agosto de 2022, por medio de la cual se confirma asignación de cita de cirugía de cabeza y cuello para el lunes 29 de agosto de 2022 a la 1:00pm con el Dr. Carlos Duran.
- Correo de fecha 7 de septiembre de 2022, por medio del cual se dirige a la Clínica Serena del Mar solicitando cotización sobre cirugía de otología con acompañamiento de cirujano de cabeza y cuello para procedimiento mastoidectomía sin preservación de la pared posterior vía endoscópica, timpanoplastia con revisión de la cadena osivascular vía endoscópica, reconstrucción de meato auditivo externo, parotidectomía total, colgajo de piel compuesto de vecindad entre cinco a diez centímetros cuadrados para usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.
- Correo electrónico de 5 de agosto de 2022, a través del cual, la Nueva EPS, solicita la programación de consulta por especialidad de cirujano de cabeza y cuello a la usuaria María Alejandra Herazo.
- Correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2022, por medio del cual Nueva EPS, solicita programación de junta médica por cambio de prestador a la usuaria María Alejandra Herazo Mendoza.

Así las cosas, mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2022 se resolvió abrir el incidente de desacato contra la Doctora Martha Peñaranda Zambrano, en calidad de Gerente Regional de la Nueva EPS. Posteriormente, la incidentada rindió nuevo informe en fecha 21 de septiembre de 2022, en el cual informa:

“Se pone en conocimiento del Despacho que el presente caso se encuentra en revisión del mismo para determinar las posibles demoras en el trámite del mismo. Nos encontramos solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esa gestión que el accionante requiere, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté negado por la entidad.

Sin embargo, debe aclararse que la prestación del servicio se debe

realizar con la red de prestación de NUEVA EPS y con los médicos adscrito a NUEVA EPS"

A través de auto de fecha 23 de septiembre de 2022, se declaró en desacato a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, por el incumplimiento de la parte resolutive de la sentencia de tutela de fecha 26 de abril de 2022, imponiéndole sanción consistente en multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, en el trámite de segunda instancia, la incidentada presentó solicitud de revocar sanción, en fecha 30 de septiembre de 2022, en el cual manifiesta:

"Nos permitimos informarle que la señora MARIA HERAZO MENDOZA, fue remitida por especialista cirujano oncológico de Clínica Dumian El Bosque con remisión a la especialidad de otología, siendo atendida en la Clínica ORLDEL CARIBE, quien ordena los procedimientos de MASTOIDECTOMIA RADICAL MODIFICADA DEL OIDO DERECHO, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADEA OSICULAR, RECONSTRUCCION DEL MEATO AUDITIVO EXTERNO, debido a su lesión el doctor Carlos Vélez decide hacerle la remisión al Hospital Universitario para poder llevar a cabo la cirugía con acompañamiento de cirujano de cabeza y cuello, a la usuaria se cumplió con los ordenamientos para llevar a cabo la cirugía el hospital y el día 30 de junio del 2022, no envía notificación parte del Hospital Universitario en el cual nos informan:

Por medio de la presente informamos sobre el caso de la Usuaria MARIA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA CC.1051889738, quien es valorada por la Subespecialidad de Otología en cabeza del Dr. Carlos Arturo Vélez Duncan quien, en base a diagnóstico de Tumor Benigno de Glándula Parótida, solicita acompañamiento en los tiempos quirúrgicos de Cirugía de Cabeza y cuello; especialidad de la cual no contamos en la actualidad; derivamos este caso a fin de que la usuaria sea redireccionada a una IPS de su red de prestadores que disponga de la misma.



Pese a todo este imprevisto, se establece comunicación con la Clínica Hospitalaria Serena del Mar (IPS NO ADSCRITA A NUEVA EPS) quien indica que cuenta con los especialistas en otología y cirujano de cabeza y cuello, el cual se encuentra de revisión de la historia clínica de la paciente para poder enviar cotización del procedimiento a realizar, sin embargo, el cirujano de cabeza y cuello Dr. Jonathan Liendo informa que viendo su historial médico podría realizar la cirugía sin el acompañamiento del otólogo pero que previamente necesita valorar a la paciente, por lo que se procede a asignar cita la cual se encuentra programada para el día de octubre de 2022 a las 5:30 p.m. con el Dr. Johathan Liendo, una vez valorada la paciente, se procede a confirmar si es operada en Clínica Cartagena del Mar o Clínica Hospitalaria Serena del Mar (por pago anticipado), cita informada a la accionante.

Así las cosas, no puede entenderse que exista un incumplimiento del fallo, dado que, para proceder a practicar el procedimiento requerido por la accionante, se debe contar con el criterio de los especialistas, por lo que no puede predicarse una conducta negligente de la funcionaria incidentada, cuando esta ha procurado con las Clínicas que atiende a la usuaria, valoren a la paciente para definir los procedimientos a realizar. Por lo tanto, no estaríamos en presencia de un incumplimiento toda vez que NUEVA EPS ha realizado todas las acciones positivas, generando las autorizaciones correspondientes en cumplimiento del fallo de tutela, es decir, procurando por todos los medios la prestación de los servicios de salud al accionante de conformidad con lo establecido en el fallo de tutela y en la ley.”

Así las cosas, procede la Sala a verificar si en el sub judice, existe un incumplimiento de tipo objetivo por parte de la parte accionada, en relación con la sentencia de primera instancia de fecha 26 de abril de 2022 proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, a través del cual se ampararon derechos fundamentales en los términos referenciados anteriormente.

En este orden, advierte esta Magistratura que el objeto de la acción de tutela cuyo cumplimiento se persigue, dentro del presente trámite, consiste en que se realice los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, esto es, RECONSTRUCCIÓN DE MEATO AUDITIVO VÍA ENDOSCÓPICA, TIMPANOPLASTIA CON REVISIÓN DE LA CADENA OSICULAR VÍA ENDOSCÓPICA, REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA MALAR, CON REDUCCIÓN PISO DE ORBITA INJERTO O FIJACIÓN INTE, MASTOIDECTOMÍA SIN PRESERVACIÓN DE LA PARED POSTERIOR VÍA ENDOSCÓPICA Y PAROTIDECTOMÍA TOTAL.

Se observa, que el fallo de tutela cuyo cumplimiento se persigue fue dictado el 26 de abril de 2022 en primera instancia por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena y que, la entidad incidentada, procedió a adelantar las acciones para el cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo de tutela, mediante informe de fecha 08 de septiembre de 2022, donde obran actuaciones en fecha 4 de agosto de 2022, 9 de agosto de 2022, 7 de septiembre de 2022, 5 de agosto de 2022, 3 de agosto de 2022 e informe de fecha 30 de septiembre de 2022.

Lo anterior permite concluir que, desde el punto de vista objetivo, efectivamente existe incumplimiento a lo ordenado judicialmente en el fallo desde abril de 2022, de manera que le restaría a la Sala establecer si el incumplimiento a lo ordenado está justificado o no, y si este debe traer como consecuencia la imposición de una sanción pecuniaria y restrictiva de la libertad personal, lo cual se ubica en la órbita subjetiva de responsabilidad del encargado de dar cabal cumplimiento a lo ordenado judicialmente.

En cuanto al elemento subjetivo, de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, de la contrastación de lo ordenado en el fallo de tutela y el informe rendido por la incidentada se concluye que las actuaciones adelantadas por NUEVA E.P.S. no satisface la debida protección a los derechos fundamentales amparados en el fallo de tutela, pues solo hasta la fecha, la entidad se encuentra ordenando los procedimientos relacionados con la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, aun habiéndosele dado tiempo

suficiente para la ejecución de dichos procedimientos; en el informe de fecha 30 de septiembre de 2022 manifiesta la entidad que para proceder a practicar el procedimiento requerido por la accionante, se debe contar con el criterio de los especialistas *“por lo que se procede asignar cita la cual se encuentra programada para **el día de octubre de 2022 a las 5:30 p.m. con el Dr. Johathan Liendo**”*, lo que supone no solo indiferencia en el cumplimiento de órdenes impartidas, si no que vulnera gravemente los derechos fundamentales de la actora, por cuanto no se manifiesta la fecha exacta de dicha valoración, ni la de la realización posterior del procedimiento requerido, el cual es esencial para el mantenimiento de la salud y vida digna de la actora quien ha manifestado deterioros en su salud al punto de afectar sus actividades laborales.

Se demuestra entonces que en el sub iudice, se configuró el segundo presupuesto(subjetivo) requerido para que haya lugar a la sanción por desacato, en tanto la incidentada solo ha dado cumplimiento a una parte de las órdenes del fallo, dejando de lado la protección dada por el fallo de tutela de los derechos que se estimaron como vulnerados, de modo que para la Sala debe confirmarse la providencia objeto de consulta y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia; en consideración a que si bien pudo existir circunstancias administrativas que impidieran el cumplimiento oportuno del fallo; ello no puede constituir una barrera que prolongue en el tiempo, superando todo término razonable, para lograr la efectiva protección de los derechos de la incidentante; máxime teniendo en cuenta la gravedad de la patología que padece y la posibilidad de agravamiento de la misma.

De conformidad con las consideraciones expuestas, encontrándose por tanto presente los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad, que conducen a la declaratoria de desacato, así como a la imposición de la sanción correspondiente; la cual, para esta Corporación, resulta razonable y proporcional; dado la gravedad del incumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela; se confirmará la providencia consultada; no obstante, se conminará a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, para que en forma inmediata le dé

cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela de fecha 26 de abril de 2022 , proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Cartagena; en ese sentido se adicionará la providencia consultada.

En virtud de lo expuesto, se

RESUELVE

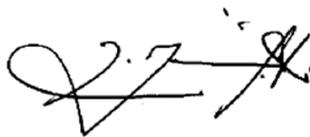
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el auto consultado; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONMINAR a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, para que, de manera inmediata, le dé cabal cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de fecha 21 de enero de 2022.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** por Secretaría, el expediente al Juzgado de Origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA