Cartagena de Indias D. T. y C., tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00009-02
Demandante	JORGE FRANCISCO MUÑOZ MORALES
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	CONFIRMA SANCIÓN

Procede la Sala a pronunciarse, en Grado jurisdiccional de Consulta, sobre la decisión tomada el día once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), dentro del trámite incidental de Desacato promovido por el señor JORGE FRANCISCO MUÑOZ MORALES, contra la NUEVA EPS; providencia mediante la cual, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró en desacato y sancionó al incidentado.

II.- ANTECEDENTES

El señor JORGE FRANCISCO MUÑOZ MORALES, instauró acción de tutela contra la NUEVA EPS con el propósito de que se proteja sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Mediante sentencia de fecha 30 de enero de 2017, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió fallo resolviendo lo siguiente:

> "***PRIMERO: TUTELAR*** *los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.19.096.469.*
>
> ***SEGUNDO. ORDENAR*** *a la señora Ángela María Espitia Romero, Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS S.A., o quien haga sus veces, que:*

2.1 Autorice y suministre, en el término máximo de dos (2) días siguientes a la notificación del fallo, el del medicamento TADALAFIL 20 mg en la cantidad y frecuencia que lo establezca el galeno tratante, sin que le sean puestas barreras de carácter administrativo ni presupuestal al accionante para la atención integral de su enfermedad.

2.2 Autorice y suministre las pinzas de Cunningham, que como se puedo evidenciar en la web estas se comercializan en el país por diferentes laboratorios, y le sea entregado en un término máximo de una semana, y en la frecuencia que el médico tratante determine.

2.3 Suministrar los medicamentos e insumos que sean determinados por el médico tratante del accionante para el manejo del Cáncer de Próstata, como de los efectos secundarios derivados de este, como son la incontinencia urinaria y la disfunción eréctil, y autorizar las citas, tratamientos, procedimientos y demás que este requiera para la atención de la enfermedad que padece, como las de los efectos secundarios derivados de ella.

(…)"

El día veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fue enviado mediante correo electrónico, solicitud de apertura de incidente de desacato al Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dicho Juzgado mediante auto de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

***"PRIMERO: ABRIR INCIDENTE DE DESACATO** en contra de la Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, señora Ángela María Espitia Romero, y **DAR TRASLADO** para que, en el término de 2 días, indique a este Despacho:*

1.1 Si efectivamente en cumplimiento al fallo de tutela de 30 de enero del 2017, proferido por este Juzgado en el cual se ampararon los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.096.469, se le ha autorizado y hecho

entrega material y efectiva del medicamento TADALAFIL de 20 Mg. ordenado por el médico tratante.

1.2 Atendiendo a lo expuesto, remita informe en el que indique si efectiva y materialmente suministró al señor Jorge Francisco Muñoz Morales, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.096.469, las pinzas Cunningham talla mediana, en la periodicidad ordenada por el médico tratante, y de no ser así indique las razones.

Dentro del término de traslado del presente incidente se podrá pedir las pruebas que pretendan hacer valer, así como acompañar los documentos y pruebas que se encuentren en su poder. (Art. 129 numeral 3° C.G.P.)

***SEGUNDO: CONMINAR Y DAR TRASLADO** a la Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, señora Martha Milena Peñaranda Zambrano, en su condición de superior de la Gerente Regional Bolívar de la Nueva EPS para que, en el término de 2 días requiera a la primera, el cumplimiento del fallo de tutela de fecha 30 de enero de 2017 y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquella, so pena de ser sancionado por desacato.*

La Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, dentro del término de traslado del presente incidente, podrá pedir las pruebas que pretenda hacer valer, así como acompañar los documentos y pruebas que se encuentren en su poder. (Art. 129 numeral 3° C.G.P.)

***TERCERO: PREVENIR** a las funcionarias aquí mencionadas (as), o a quienes hagan sus veces, para que no incurran en dilaciones injustificadas respecto de los trámites que a su cargo tienen, en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Jorge Francisco Muñoz Morales dentro de la acción de tutela de la referencia.*

(…)"

El incidentado rindió informe mediante memorial de fecha 6 de octubre de 2022, en el cual indico:

"Ha sido política de esta Entidad el acatar en debida forma los fallos de tutela proferidos a favor de nuestros usuarios, sin que sea la excepción el caso de JORGE FRANCISCOMUÑOZ MORALES, por lo que basado en el objeto de incumplimiento se indica la siguiente información reportada por el área técnica de salud:

- ***TADALAFILO 20MG (TABLETA) –CIALIS:***

El día 05 de octubre de 2022 se procede a requerir al prestador FARMACIA MYE para que allegue las actas de entrega del medicamento TADALAFILO 20MG (TABLETA) –CIALIS correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2022, ya que verificando nuestro sistema interno se tiene el servicio autorizado.

(…)

- ***PINZA DE CUNNINGHAM (CLAMP DE PENE)***

El día 05 de octubre de 2022 se le solicita a la FARMACIA AUDIFARMA entrega del insumo PINZA DE CUNNINGHAM (CLAMP DE PENE) la cual cuenta con autorización bajo No. 18438154y a su vez se tiene formato de pendiente desde el dia16 de agosto del 2022.

De acuerdo a lo anterior, el área técnica en salud ha procedido a requerir al prestador antes enunciado para que alleguen soporte de prestación efectiva de los servicios que motivaron el presente incidente de desacato o en su defecto asigne fecha y hora cierta a garantizar los servicios de salud. Una vez se obtenga el resultado de dicha gestión se pondrá en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria.

Por otra parte, se debe aclarar que ***la asignación, realización de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes y suministro de medicamentos e insumos, son programados directamente por la IPS encargada de la***

***prestación del servicio*, y no por parte de NUEVA EPS en su condición de aseguradora en salud**."

Mediante auto de fecha once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** en desacato a la Dra. María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, por incumplimiento al fallo de tutela de fecha 30 de enero del 2017dentro del expediente radicado 13001 33 33 013 2017 000900, por las razones aquí expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: IMPONER** sanción a la señora Ángela María Espitia Romero en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS o quien haga sus veces, por desacato de lo ordenado en la sentencia de 30 de enero del 2017, dictada a favor del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, consistente en un (1) día de arresto y el pago de una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción.*
>
> *La multa impuesta será cancelada de su propio peculio a favor de Nación en la cuenta del banco popular No. 050-00118-9, denominada Multas Dirección General y Tesoro Nacional, o en la cuenta del Banco Agrario No. 007000030-4 denominada Multas Dirección General y Tesoro Público, dentro de un término de cinco (05) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, pago que deberá acreditarse mediante recibo de consignación, pues de lo contrario, se remitirá copia auténtica de ésta providencia a la División Coactiva de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Cartagena, con las constancias del caso, para los efectos del Artículo 367 del Código General del Proceso.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la Dra. Martha Peñaranda Zambrano en su condición de Gerente Regional Norte de la Nueva EPS y superior jerárquico de la sancionada, para que sin más dilaciones proceda a cumplir de manera inmediata lo ordenado en el fallo de tutela de fecha 30 de enero de2017 proferido a favor del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.19.096.469 dentro del expediente de tutela radicado 13001 33 33 013 2017 000900, en los términos allí establecidos.*

CUARTO: CONSULTAR *esta providencia con el superior funcional -Tribunal Administrativo de Bolívar.*

QUINTO: *El cumplimiento de las sanciones impuestas, estará sujeto a lo que decida el Tribunal Administrativo de Bolívar al conocer la consulta ordenada, sin embargo, dicho trámite no suspende el cumplimiento de la sentencia cuyo desacato se declara.*

SEXTO: *Por secretaría, NOTIFICAR la presente decisión, a los siguientes buzones de correo electrónico, por ser el medio más expedito.*

(…)"

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la presente 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, siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Décimo Tercero 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 imprime la 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 si 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 obligación 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.

Sobre el cumplimiento de los fallos de tutela, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado:

> *"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 desacato[1]."*

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 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 a 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

[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. Nº 1863.

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 tutela[2]"*

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 o a la negligencia o renuencia del Accionante.

Igualmente, vale precisar, 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 incumplida.

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.*

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

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 sí 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 incidental*[3]*, 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 decirse*

[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. Nº 1863.

que ésta establece un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa[4]".

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 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 tutela*[5]".

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 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*".

4.- CASO CONCRETO

4.1. Hechos probados.

- Obra en el expediente, Fallo de tutela de fecha 30 de enero de 2017 proferido por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de

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

Cartagena, por el que se ampararon los derechos fundamentales de salud y vida digna del señor JORGE FRANCISCO MUÑOZ MORALES.

- Obra dentro del expediente, auto de once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), mediante el cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena declaró y sancionó en desacato a la señora Ángela María Espitia Romero en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS o quien haga sus veces, por desacato de lo ordenado en la sentencia de 30 de enero del 2017, dictada a favor del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, consistente en un (1) día de arresto y el pago de una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción.

- Se encuentra dentro del expediente, Informe presentado por el incidentado de fecha 6 de octubre de 2022, solicitando abstenerse de continuar con el trámite incidental.

4.2. 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 orden de tutela, 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** del funcionario o funcionarios 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 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 NUEVA EPS; la Sala procede a contrastar el contenido de la orden emitida en la sentencia de tutela, frente a lo acreditado por el incidentado en el informe rendido dentro del presente trámite.

Advierte la Sala, que la situación fáctica que motivó la solicitud de adelantar la actuación de desacato se traduce en el incumplimiento del fallo de tutela emanado del Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 30 de enero de 2017, mediante el cual se resolvió:

> ***"PRIMERO: TUTELAR*** *los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.19.096.469.*
>
> ***SEGUNDO. ORDENAR*** *a la señora Ángela María Espitia Romero, Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS S.A., o quien haga sus veces, que:*
>
> *2.1 Autorice y suministre, en el término máximo de dos (2) días siguientes a la notificación del fallo, el del medicamento TADALAFIL 20 mg en la cantidad y frecuencia que lo establezca el galeno tratante, sin que le sean puestas barreras de carácter administrativo ni presupuestal al accionante para la atención integral de su enfermedad.*
>
> *2.2 Autorice y suministre las pinzas de Cunningham, que como se puedo evidenciar en la web estas se comercializan en el país por diferentes laboratorios, y le sea entregado en un término máximo de una semana, y en la frecuencia que el médico tratante determine.*
>
> *2.3 Suministrar los medicamentos e insumos que sean determinados por el médico tratante del accionante para el manejo del Cáncer de Próstata, como de los efectos secundarios derivados de este, como son la incontinencia urinaria y la disfunción eréctil, y autorizar las citas, tratamientos, procedimientos y demás que este requiera para la atención de la enfermedad que padece, como las de los efectos secundarios derivados de ella.*
>
> *(…)"*

La orden impartida no fue acatada por la accionada, por lo que el accionante promovió incidente de desacato y mediante auto de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), se resolvió abrir el

incidente de desacato contra el director de la Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, señora Ángela María Espitia Romero, toda vez que el actor manifiesta que existe un claro incumplimiento del incidentado.

Mediante memorial de fecha 6 de octubre de 2022, el incidentado rindió informe en el cual indica que, ha sido política de esta Entidad el acatar en debida forma los fallos de tutela proferidos a favor de nuestros usuarios, sin que sea la excepción el caso de JORGE FRANCISCOMUÑOZ MORALES, por lo que basado en el objeto de incumplimiento se indica la siguiente información reportada por el área técnica de salud:

"

- ***TADALAFILO 20MG (TABLETA) –CIALIS:***

El día 05 de octubre de 2022 se procede a requerir al prestador FARMACIA MYE para que allegue las actas de entrega del medicamento TADALAFILO 20MG (TABLETA) –CIALIS correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2022, ya que verificando nuestro sistema interno se tiene el servicio autorizado.

(…)

- ***PINZA DE CUNNINGHAM (CLAMP DE PENE)***

El día 05 de octubre de 2022 se le solicita a la FARMACIA AUDIFARMA entrega del insumo PINZA DE CUNNINGHAM (CLAMP DE PENE) la cual cuenta con autorización najo No. 18438154y a su vez se tiene formato de pendiente desde el dia16 de agosto del 2022.

De acuerdo a lo anterior, el área técnica en salud ha procedido a requerir al prestador antes enunciado para que alleguen soporte de prestación efectiva de los servicios que motivaron el presente incidente de desacato o en su defecto asigne fecha y hora cierta a garantizar los servicios de salud. Una vez se obtenga el resultado de dicha gestión se pondrá en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria.

Por otra parte, se debe aclarar que ***la asignación, realización de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes y suministro de medicamentos e***

insumos, son programados directamente por la IPS encargada de la prestación del servicio, y no por parte de NUEVA EPS en su condición de aseguradora en salud."

Por lo que solicitó abstenerse de continuar con el trámite incidental teniendo en cuenta que el área de salud se encuentra realizando las acciones positivas tendientes al cumplimiento de lo ordenado por su despacho. Una vez se obtenga el resultado de las gestiones que adelanta el área de salud, se pondrá en su conocimiento a través de respuesta complementaria.

Posteriormente, a través de auto de fecha once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena decidió declarar en desacato a la Dra. María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, por incumplimiento del fallo de la referencia.

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 autorice y suministre medicamento TADALAFIL 20 mg y pinzas de Cunningham en la cantidad y frecuencia que lo establezca el médico tratante.

Se observa, que el fallo de tutela cuyo cumplimiento se exige fue dictado en fecha 11 de octubre de 2022 en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero 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 05 de octubre de 2022.

Lo anterior permite concluir que, desde el punto de vista objetivo, efectivamente existe incumplimiento a lo ordenado en el fallo, 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 EPS no satisfacen la debida protección a los derechos fundamentales amparados en el pluricitado fallo de tutela, por cuanto según de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, la función de las Entidades Promotoras de Salud es la de "*organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados*", y la de "*establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*".

Por lo tanto, la obligación legal de proporcionar todos los servicios de salud integral le corresponden a la E.P.S y el hecho de que dicha entidad haya contrato con terceros, la prestación directa de los servicios; ello no la exonera de la obligación legal que adquiere con el afiliado; de tal suerte, que frente al incumplimiento de los terceros integrantes de la red de prestadores; la EPS debe hacer uso de las herramientas contractuales y legales, para exigir el cabal cumplimiento de los respectivos contratos; pero ello, se itera, en ningún caso, puede convertirse en justificación por lo incumplimientos frente al usuario o afiliado.

Así las cosas, para la Sala, en el sub judice, se configuró el segundo presupuesto(subjetivo) requerido para que haya lugar a la sanción por desacato, en tanto la incidentada solo ha dado cumplimiento parcial a la as órdenes impartidas en el fallo; pretendiendo erradamente justificar el incumplimiento, a su vez, en el incumplimiento del tercero contratado por dicha entidad; lo cual, se insiste, es inaceptable; dejando de lado la protección otorgada por el fallo de tutela de los derechos que se estimaron vulnerados.

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 la providencia consultada; por las razones expuestas en la parte motiva del presente auto.

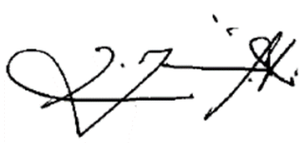
SEGUNDO: CONMINAR a la doctora María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS; o quien haga sus veces, para que le de cumplimiento al fallo de tutela de fecha 30 de enero del 2017dentro del expediente radicado 13001 33 33 013 2017 000900, proferido por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

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

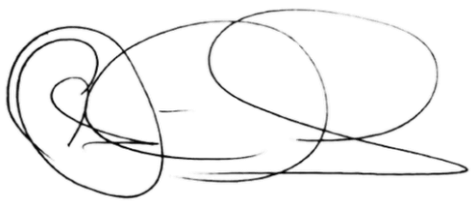
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Salvó voto



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

Cartagena de Indias D. T. y C., tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00009-02
Demandante	JORGE FRANCISCO MUÑOZ MORALES
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	SALVAMENTO DE VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado, debo manifestar mi salvamento de voto frente a la decisión de la Sala, por las siguientes razones:

No comparto que se confirme en grado de consulta la sanción por desacato interpuesta a *la señora Ángela María Espitia Romero en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS o quien haga sus veces, por desacato de lo ordenado en la sentencia de 30 de enero del 2017, dictada a favor del señor Jorge Francisco Muñoz Morales, consistente en un (1) día de arresto y el pago de una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción,* en razón a que la sancionada ya no ostenta el cargo por el cual estaba llamada a dar cumplimiento a la acción tutelar desacatada, por lo que debió en el trámite ser desvinculada para en su lugar vincular al funcionario competente.

De manera que para sancionar como corresponde en aras de conminar al cumplimiento de la orden de tutela, el juez constitucional debió vincular dentro del incidente al funcionario llamado a dar cumplimiento, en aras de que pudiere gestionarlo e informarlo, lo cual es el fin mismo del trámite del desacato; o que en su defecto el vinculado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a la imposibilidad de dar cumplimiento.

Así las cosas y teniendo en cuenta que no se logra determinar e individualizar en la sentencia de consulta, al Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, por cuanto no fue vinculado al trámite incidental, no podría el indicativo de "o quien haga sus veces" ser un sustento ajustado para dirigir la sanción contra el nuevo funcionario.

En estos términos el presente salvamento de voto.

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado