



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
NEIVA (HUILA) TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ORALIDAD 000
Fijacion estado

Fecha: 21/09/2020

Entre: 22/09/2020 Y 22/09/2020

98

Página: 1

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase de Proceso	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Objeto	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
41001333300320200008801	ACCION DE TUTELA	Sin Subclase de Proceso	MARIA EDITH HUELGAS BETANCOURT	NUEVA EPS	Actuación registrada el 21/09/2020 a las 13:04:39.	18/09/2020	22/09/2020	22/09/2020	2

SE PUBLICA EN LA PAGINA WEB <http://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-del-huila/95> SIENDO LAS SIETE DE LA MANANA (07 A.M)
SE DESFIJARA LA PRESENTE A LAS CINCO DE LA TARDE (05 P.M)

FRANKLIN NUÑEZ RAMOS
SECRETARIO



República de Colombia
Rama Judicial
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
Sala Segunda de Decisión
M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida

Neiva, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ACCION : TUTELA – CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO -¹
ACCIONANTE : MARÍA EDITH HUELGAS BETANCOURT
DEMANDADO : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : auto decide consulta incidente de desacato
RADICACION : 41 001 33 33 003 2020 00088 01
Rad. Interna : 2020-82

Aprobado en Sala de la fecha según Acta N° 50.

ASUNTO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, procede la Sala a revisar, en grado jurisdiccional de Consulta, la providencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, mediante la cual resolvió sancionar a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, con multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por incurrir en desacato al fallo de tutela de fecha 8 de junio de 2020, que amparó la protección a los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora María Edith Huelgas Betancourt.

1. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado el 7 de julio de 2020², la señora María Edith Huelgas Betancourt, presentó incidente de desacato ante el incumplimiento de la sentencia proferida el 8 de junio de 2020 por parte de la NUEVA EPS, en la que se resolvió:

“PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora **MARIA EDITH HUELGAS BETANCOURT**, y en consecuencia se **ORDENA** al GERENTE de la NUEVA EPS que en el término de 48 horas

¹ Acta de reparto del 15-09-2020

² Folios 1.

siguientes a la notificación de la presente decisión realice la entrega del ÁCIDO URSODEOXICOLICO 250 MG 1U CÁPSULAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA (540 CÁPSULAS PARA 6 MESES), pudiendo ejercer la NUEVA EPS su facultad de recobro ante el ADRES por la prestación de los servicios PBS (antes POS) aquí ordenados o que deba suministrar, dentro de los procedimientos y términos establecidos para ello.

SEGUNDO: PREVENIR a la entidad LA NUEVA EPS para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas que dieron origen a esta tutela, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes vía correo electrónico suministrado en el escrito de tutela (Fl. 3) y a la entidad accionada al correo electrónico del cual se recibieron las contestaciones a la presente acción de tutela (Fl.19-25-33-37), para lo cual deberá adjuntar copia íntegra del expediente (escaneado y/o pdf) para brindar garantías a los justiciables en el ejercicio de la impugnación.

Parágrafo. Lo anterior, en atención a que nos encontramos laborando según lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial.

CUARTO: ADVERTIR que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación (Decreto 2591 de 1991, artículo 31).

QUINTO: DISPONER de no ser impugnado el presente fallo, se remita el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, LINA MARCELA CLEVES ROA, Jueza”.

1.1.- Del requerimiento de cumplimiento del fallo

Mediante auto calendado del 8 de julio de 2020, Se dispuso requerir al Jefe de Recursos Humanos, al Jefe de la Oficina Jurídica y al Gerente de la NUEVA EPS SA, para que informara a qué persona encargaron para el cumplimiento del fallo de tutela de fecha 8 de junio de 2020, identificando el funcionario encargado de cumplirlo, e informaran quién para la fecha del fallo ostentaba la calidad de Gerente de dicha entidad allegando copia del acta de nombramiento, posesión y correo para notificaciones personales,

1.2. De la respuesta al requerimiento

Término que venció en silencio el 13 de julio de 2020 como consta en la constancia secretarial visible a folio 54, sin embargo, el 14 de julio del año

en curso se recibió respuesta extemporánea al requerimiento previo obrante a folios 13 y Ss. del expediente.

En el informe rendido por parte de LA NUEVA EPS SA a través de su apoderado, se indica al Despacho que del traslado dado por ellos al Área de cumplimiento en salud de su entidad del requerimiento previo, les manifestaron bajo Concepto Técnico y gestiones de cumplimiento a órdenes de tutela que del medicamento “ÁCIDO URSODESOXICÓLICO 250 MG (CÁPSULA)”, no se podía generar radicación dado que indica desabastecimiento y en la medida en que en el Invima aparece como registro vigente habían solicitado apoyo al área de medicamentos para validación, sin embargo no contaban a la fecha con concepto actualizado, solicitando al despacho suspender el trámite del incidente de desacato por el término de 10 días hasta tanto sea finalizado el trámite administrativo de cumplimiento por parte de la Gerencia de salud de la Nueva E.P.S. S.A., igualmente, solicitó decretar la nulidad de lo actuado, toda vez que el requerimiento previo está en contra de persona indeterminada y desconoce de manera arbitraria el procedimiento señalado en el decreto 2591 de 1991.

Aunado a lo anterior, LA NUEVA EPS informó que de acuerdo a la línea jurídica DJSCI 0007-2019, los encargados del cumplimiento de los fallos de tutela según sus funciones y responsabilidad, para los casos con fallo de tutela de salud en la Zona Huila es la gerente Zonal Huila Dra. Elsa Rocío Mora Díaz y su Superior Jerárquico Gerente Regional Centro Oriente Dra. Katherine Townsend Santamaría y señalando como correo de notificaciones judiciales para acciones constitucionales secretaria.general@nuevaeps.com.co (Fl.17 Exp. Digital).

1.3. Del segundo requerimiento

Así las cosas, el Despacho mediante auto del 22 de julio del año en curso negó tanto la nulidad propuesta por el apoderado de la parte accionante, así como la suspensión del trámite del incidente, resolviendo requerir a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA y a la Dra. **KATHERINE TOWNSEND SANTAMARIA** Gerente Regional Centro Oriente para que dentro del término de dos (2) días contados a partir del recibo del correo electrónico que notificaba el presente auto, informara las actuaciones desplegadas para dar cumplimiento al fallo de tutela del 8 de junio de 2020, y por intermedio de esta última, dispusiera el cumplimiento a la orden judicial impartida, término que venció en silencio como se evidencia en la constancia secretarial visible a folio 71 del expediente.

1.4 De la respuesta a los requerimientos

Se allegó contestación 27 de julio de 2020, por parte de la NUEVA EPS en la que se reitera que el presente caso se trasladó al área de salud pero que a la fecha no se cuenta con concepto actualizado, informando que una vez les remitan el análisis por dicha área se comunicará al despacho; solicita que abstenga de sancionar teniendo como premisa fundamental la presunción de inocencia. (fl. 72 exp.digit.)

1.5. Del traslado del incidente de desacato

Con auto calendado 29 de julio del 2020, se dispuso abrir incidente de desacato en contra de la Dra. Elsa Rocío Mora Díaz en su calidad de Gerente Zonal Huila de la Nueva EPS SA por incumplimiento a las órdenes impartidas mediante fallo de tutela del 8 de junio de 2020, corriendo traslado por el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del proveído para que se pronunciara al respecto, ejerciera su derecho a la defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer sobre el cumplimiento al fallo.

1.6. De la respuesta al traslado del incidente

Se manifestó en la contestación que una vez notificados del incidente procedieron a verificar, encontrando que había desabastecimiento en tabla maestra (Concepto del área técnica de la entidad); así mismo, que al día de presentar la respuesta que nos ocupa encontraron que la situación actual del medicamento objeto del incidente de desacato **se estableció que la accionante “se encuentra en estado suspendido”** del sistema de salud por **no presentar aportes** ya que la misma es **COTIZANTE** del régimen contributivo. (fl. 95).

1.7. De la puesta en conocimiento del anterior informe

Del informe rendido por la NUEVA EPS, se corrió traslado a la accionante por el término de dos días mediante auto calendado del 11 de agosto hogaño, habiéndose recibido contestación en la que indicó que a la fecha no le había realizado entrega del medicamento materia de discusión, **pero no se pronunció en cuanto a lo referido por NUEVA EPS de encontrarse suspendida por no pago**, razón por la cual, entablaron comunicación telefónica con la accionante el día 24 de agosto de 2020, habiendo indicado que: **“a la fecha ya se encuentra pago hasta el mes de julio”**, enviando vía whatapp dos imágenes que corresponden a los pagos del mes de junio y del mes de julio hogaño, y que **“en cuanto al mes de**

agosto, refirió que para ello aún contaba con tiempo, pues sus pagos deben hacerse hasta los 20 días de cada mes, y de manera vencida, es decir que tiene hasta el día 20 de septiembre para realizar el pago del mes de agosto del año en curso.” Se incorporaron al expediente dos imágenes que acreditan lo manifestado por la accionante respecto de los pagos en seguridad social del mes de junio y julio.

Luego, el lunes 7 de agosto de 2020, se recibió memorial vía correo electrónico por parte de la accionante en la que señaló: **“le comunico que en días pasados recibí a través de mensaje de texto los códigos con los cuales “supuestamente” la NUEVA EPS me autorizaba la entrega del medicamento a través de la farmacia Colsubsidio, pero una vez allí, el retiro de los medicamento me fue negada por cuanto la fórmula médica aparece el “ÁCIDO URSODEOXICOLICO 250 MG 1U CÁPSULAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA (540 CAPSULAS PARA 6 MESES) mientras que la nueva eps lo ordenó en una presentación diferente, motivo por el cual la farmacia expidió el documento que adjunto a este escrito en el que se puede leer: “LA CONCENTRACIÓN DE LA FÓRMULA NO COINCIDE CON LA AUTORIZACIÓN” lo que hace presumir que se me ha autorizado en una presentación diferente a la ordenada por el médico. En ese sentido la NUEVA EPS continúa vulnerando mis derechos, pues hasta el día de hoy no se me hace entrega del medicamento”.**

1.8. Del decreto de pruebas

Mediante auto del 24 de agosto de 2020, se abrió el proceso a pruebas, ordenando correr traslado por el término de 3 días a la parte incidentada para que aportara pruebas y ejerciera su derecho a la defensa, término que venció en silencio sin pronunciamiento alguno por parte de la NUEVA EPS.

1.9. De la resolución del incidente de desacato

Mediante auto del 10 de septiembre de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, resolvió el incidente de desacato, habiendo resuelto:

“PRIMERO: DECLARAR que la Dra. **ELSA ROCÍO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, **HA INCURRIDO EN DESACATO** de lo ordenado en el fallo de tutela de segunda instancia emitido por el Tribunal Administrativo del Huila el pasado 20 de abril de 2020.

SEGUNDO: SANCIONAR la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA a multa equivalente a un (1) salario mínimo legales mensuales vigente a la fecha de esta providencia y no a la medida de arresto conforme lo expuesto en procedencia.

TERCERO: SEÑALAR que contra esta providencia no procede recurso alguno, de conformidad con lo expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-243 de 1996, pero SE COMUNICARÁ a los sujetos procesales para su debida publicidad.

CUARTO: REMITIR por secretaria la totalidad expediente de forma digital (escaneado) a la Oficina judicial a través del correo electrónico indicado en el Acuerdo PCJA20-11526 del 22 de marzo de 2020 expedido por el presidente del Consejo Superior de la Judicatura para que sea repartido entre los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila y se sometido al grado jurisdiccional de consulta.

(...)"

Como sustento, indicó que si bien la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, ha emitido respuesta a los requerimientos realizados por el despacho, inicialmente i) en memorial que data del 14 de julio y que reposa a folio 13 y Ss. del expediente digital manifestó que la causa del incumplimiento obedecía al desabastecimiento temporal en tabla maestra, lo requería de validación por el área de medicamentos sobre desabastecimiento, dado que el Invima aparece con registro vigente solicitando apoyo al área de medicamentos para validación; ii) en memorial del 27 de julio y obrante a folio 72 del expediente digital, indicó que a la fecha, es decir 13 días después no contaban con concepto actualizado por parte del área de salud, que una vez contaran con éste lo comunicarían al despacho; y iii) un tercer memorial del 4 de agosto hogaño donde informan que según concepto técnico del 18 de junio de 2020 del área técnica de la entidad había desabastecimiento temporal en tabla maestra, además de señalar que revisada la situación jurídica del medicamento, la paciente se encontraba en estado SUSPENDIDO por no presentar aportes al régimen contributivo.

Situación última que no tuvo en cuenta el *a quo*, está relacionando argumentos del fallo de primera instancia, pues consideró que a la fecha de presentación del incidente data del 7 de julio, momento en el cual la accionante no se encontraba en mora, dado que de conformidad con el Decreto 1723 de 2018 los trabajadores independientes pueden pagar sus aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales mes vencido; además, que si tomaba desde la fecha de la última contestación dada por la NUEVA EPS del 4 de agosto de 2020, encontró que tampoco a esa data podía señalarse de suspensión, pues aún no se encontraban los

presupuestos establecidos en el Decreto 2353 de 2015 *“Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”* artículo 73 que advierte que el no pago de los períodos consecutivos de las cotizaciones dará lugar a la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud siempre y cuando ésta no se hubiere allanado a la mora.

Así mismo, que el párrafo 4 del mencionado artículo establece: *“Cuando el trabajador independiente o uno de ellos integrantes de su núcleo familiar se encuentra en tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias, la EPS en la cual se encuentre inscrito deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud al trabajador y a los integrantes de su núcleo familiar hasta por cuatro (4) períodos consecutivos en mora, vencido dicho término se le garantizará la continuidad de la prestación de los servicios de salud a través de los prestadores de la red pública sin afectar su seguridad e integridad en los términos previstos en el presente decreto”*.

De conformidad con lo anterior, encontró plenamente demostrado que el medicamento requerido por la accionante y según su diagnóstico *“Cirrosis Biliar Primaria”* en el que requiere de valoración médica periódica y que sus controles médicos los recibe en la ciudad de Medellín, dejan en evidencia que se trata de un tratamiento en salud en curso y que encuentra total protección con base en el Decreto 2353 de 2015, razón por la cual el servicio y la entrega del medicamento no puede ser negada.

De otro lado, precisó que a la fecha la accionante ya se encuentra al día en el pago de sus aportes tal y como lo evidenció con las imágenes de WhatsApp enviadas a través de la servidora de ese despacho judicial y que fueron incorporadas al expediente digital - folio 116 -.

Adicionalmente, la **accionante mediante escrito obrante a folio 112 del expediente digital, de fecha 18 de agosto de 2020**, advierte que **el retiro de los medicamentos le fue negado por cuanto la “CONCENTRACIÓN DE LA FÓRMULA NO COINCIDE CON LA AUTORIZACIÓN”**, situación que **pone en entredicho el actuar de la EPS**, pues si contamos desde la fecha en que mediante fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales a la accionante, **han transcurrido casi 3 meses**, sin que la EPS se percatara de ello, **e infructuosamente ha utilizado diferentes argumentos para no realizar la entrega**, desobedeciendo así la orden judicial emanada de este despacho.

En esa medida declaró que Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad

de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, había incurrido en desacato de la sentencia de tutela proferida ese despacho y le **impuso multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la providencia**, en favor del Tesoro Nacional (Decreto 2591 de 1991 artículo 52) y se abstuvo de imponer la medida de arresto, teniendo en cuenta que no se puede pasar por alto la situación que atraviesa el mundo frente a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional y las directrices de la Organización Mundial de Salud (OMS), frente a la declaratoria de pandemia; que llevo a que el Presidente de la República de nuestro país en uso de sus facultades legales otorgadas por la constitución política a declarar la emergencia económica social y ecológica en todo el territorio Nacional en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Covid-19 y dado el cargo que ostenta la incidentada se requiere de su presencia para la prestación de los servicios.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Asunto jurídico a resolver

Corresponde determinar si se debe mantener la sanción impuesta a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, por incurrir en desacato al fallo de tutela de fecha 10 de junio de 2020, o por el contrario, la actuación desplegada para cumplirlo permite establecer que se ha venido actuando en la ejecución de la orden judicial, pese a que el término concedido se halla superado.

2.2. Del fondo del asunto

2.2.1. Del debido proceso en el trámite incidental

La Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014³ ha indicado que para ejercer el cumplimiento a las acciones de tutela, se sigue el trámite previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que otorga amplios poderes al juez de tutela para hacer cumplir la sentencia, o mejor para garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos amparados.

En este sentido establece tres etapas posibles en el procedimiento para cumplir con el fallo de tutela:.. “ *(i) una vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda; (ii) si esta persona no lo*

³ Es importante recordar que en esta sentencia la Corte Constitucional señaló que no es posible aplicar en el trámite de los incidentes, decretos y normas diferentes al que lo regula, en razón a que el incidente de desacato a un fallo de tutela es un incidente especial, precisamente porque busca el amparo de un derecho fundamental trasgredido o amenazado que exige inmediato cumplimiento. Posición que fue reiterada en sentencia T-271 de 2015.

cumpliere dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra un proceso disciplinario contra ella; (iii) si no se cumpliere el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez “ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo”

En esta misma sentencia se sostiene que de no cumplirse el fallo, además de otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se sintetiza en el **incidente de desacato**, el cual tiene un procedimiento de cuatro etapas que son: *“(i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo.”*

De lo establecido por la Corte Constitucional se puede inferir que, para que sea procedente la sanción por desacato el juez constitucional debe verificar la existencia de dos elementos: el **objetivo**, referente al incumplimiento del fallo, y el **subjetivo**, relacionado con la persona responsable de su cumplimiento.

El **elemento objetivo** corresponde al incumplimiento del fallo en sí, es decir, que se debe hacer un análisis de los elementos probatorios existentes en el expediente para determinar que la orden ha sido inobservada, ya sea por su desconocimiento total que conlleve a la falta de pronunciamiento por parte de la entidad encargada de proferir la orden, o por su desconocimiento parcial, cuando la entidad se pronuncia, pero desconoce las instrucciones impartidas por el juez de tutela.

Se indicó que ante la circunstancia objetiva de que una orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela se incumpla, el Decreto 2591 de 1991 prevé dos tipos de reglas: unas, relativas a la protección del derecho tutelado y al cumplimiento del fallo, contenidas en su Capítulo I, sobre *“Disposiciones generales y procedimiento”*; y, otras, relacionadas con las sanciones imponibles a quienes sean responsables de dicho incumplimiento, contenidas en el Capítulo V, sobre *“Sanciones”*.

En cuanto al **elemento subjetivo** se refiere a la **actitud negligente u omisiva del funcionario** encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela. Con este elemento se debe verificar la identificación clara y precisa del sujeto pasivo de la orden, una vez identificado, se debe analizar cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligente, con el ánimo de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela.

Sobre la naturaleza del incidente de desacato, hizo relación en la aludida sentencia indicando que la doctrina pacífica de ese tribunal, sintetizada en la Sentencia T-652 de 2010, con las siguientes precisiones:

*“[...] (i) el fundamento normativo del desacato se halla en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991; (ii) el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 consagra un trámite incidental especial, el cual concluye con un auto que no es susceptible del recurso de apelación pero que debe ser objeto del grado de jurisdicción de consulta en efecto suspensivo si dicho auto es sancionatorio. Todo lo cual obedece a que la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales; (iii) el incidente de desacato procede a solicitud de parte y se deriva del incumplimiento de una orden proferida por el juez de tutela en los términos en los cuales ha sido establecido por la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y emana de los poderes disciplinarios del juez constitucional; (iv) el juez que conoce el desacato, en principio, no puede modificar el contenido sustancial de la orden proferida o redefinir los alcances de la protección concedida, **salvo que la orden proferida sea de imposible cumplimiento o que se demuestre su absoluta ineficacia para proteger el derecho fundamental amparado**; (v) por razones muy excepcionales, el juez que resuelve el incidente de desacato o la consulta, con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden original, siempre y cuando se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada; (vi) el trámite de incidente de desacato debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de aquél de quien se afirma ha incurrido en desacato, quien no puede aducir hechos nuevos para sustraerse de su cumplimiento; (vii) el objetivo de la sanción de arresto y multa por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas; (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: “(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)”. 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”.*

También refirió que: *“Si bien el desacato puede ser un instrumento para propiciar el cumplimiento de un fallo de tutela, no es posible asumir que sea el único o el más relevante. Es evidente que “todo desacato implica incumplimiento pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato”. Por ello, la doctrina pacífica y reiterada de este tribunal ha sido la de distinguir entre el desacato y el cumplimiento, siendo este último el instrumento más relevante y adecuado para hacer cumplir el fallo de tutela. Entre el desacato y el cumplimiento existen las siguientes diferencias:*

(i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

(ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

(iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

(iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

(...) 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 cumplimiento.

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

2.2.2. Conforme a la sentencia aludida, hemos de verificar si se dan los presupuestos para proferir la sanción respectiva:

(viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: “(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)”. 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”.

2.3. Del caso concreto

Como se dijera, el desacato apunta a una responsabilidad de tipo subjetivo, esto es, impone analizar el grado de culpabilidad en que haya incurrido el funcionario o particular renuente y las circunstancias que hayan rodeado su conducta, de modo que el incidente es una herramienta de carácter persuasivo con la que cuenta el juez de tutela para imponer sanción de arresto y multa a quien de manera negligente e injustificada incumpla la orden judicial.

Resulta 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.

Es así que para el efecto debe Identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden judicial que se alega desacatada, correrle el traslado respectivo, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión y pronunciarse sobre el incidente, para lo cual debe valorar si la orden judicial fue desacatada y si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada, para en caso afirmativo, imponer la respectiva sanción; y si se sanciona, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

En el presente caso se revolió: **AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora **MARIA EDITH HUELGAS BETANCOURT**, y en consecuencia se **ORDENA** al GERENTE de la NUEVA EPS que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión realice la entrega del **ÁCIDO URSODEOXICÓLICO 250 MG 1U CÁPSULAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA (540 CÁPSULAS PARA 6 MESES.**”

Se logró establecer que la responsable de cumplir el fallo era la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA.

Conforme a la prueba documental allegada a lo largo del trámite incidental, quedó claro que, siendo el fallo del 10 de junio de 2020, en el que se ordenó la entrega de un medicamento para una paciente con diagnóstico de “**Cirrosis Biliar Primaria**”, se presentó incidente de desacato el 7 de julio de 2020 (un mes después) y tan sólo en memorial adiado el 14 de julio de 2020 – fl. 13 y Ss. Exp. Digit. – La incidentada manifestó que la causa del incumplimiento obedecía al desabastecimiento temporal del medicamento en tabla maestra, lo que requería de validación por el área de medicamentos, luego con memorial del 27 de julio de 2020 – fl. 72 Exp. Digit. - indicó que a la fecha, es decir 13 días después no contaba con concepto actualizado por parte del área de salud y un tercer memorial del 4 de agosto, donde informa que según concepto técnico del 18 de junio de 2020 del área técnica de la entidad había desabastecimiento temporal en

tabla maestra, advirtiéndose entonces, que 8 días después del fallo ya tenía el concepto y nada había informado a la accionante y al despacho; además de señalar que, revisada la situación jurídica del medicamento, la paciente se encontraba en estado **SUSPENDIDO** por no presentar aportes al régimen contributivo.

Además de lo anterior, el 7 de agosto de 2020, se recibió memorial vía correo electrónico por parte de la accionante en la que señaló: *“le comunico que en días pasados recibí a través de mensaje de texto los códigos con los cuales “supuestamente” la NUEVA EPS me autorizaba la entrega del medicamento a través de la farmacia Colsubsidio, pero una vez allí, el retiro del medicamento me fue negada por cuanto la fórmula médica aparece el “ÁCIDO URSODEOXICOLICO 250 MG 1U CÁPSULAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA (540 CÁPSULAS PARA 6 MESES) mientras que la NUEVA EPS lo ordenó en una presentación diferente, motivo por el cual la farmacia expidió el documento que adjunto a este escrito en el que se puede leer: “LA CONCENTRACIÓN DE LA FÓRMULA NO COINCIDE CON LA AUTORIZACIÓN” lo que hace presumir que se me ha autorizado en una presentación diferente a la ordenada por el médico. En ese sentido la NUEVA EPS continúa vulnerando mis derechos, pues hasta el día de hoy no se me hace entrega del medicamento”.*

Todo lo anterior muestra que a raíz del incidente de desacato es que la incidentada ha pretendido justificar su inactividad a dar cumplimiento a la orden judicial, llegando al colmo, pese al tiempo transcurrido, a alegar la calidad de “suspendido” de la accionante, cuando mucho tiempo atrás se está a la espera que se cumpla con la entrega del medicamento para controlar una enfermedad de alto riesgo como lo es *la “Cirrosis biliar primaria”*.

El material probatorio recaudado, permite inferir que la parte incidentada, pese a existir una orden judicial y dada la gravedad del diagnóstico que padece la señora María Edith, **“Cirrosis Biliar Primaria”** ha hecho caso omiso a la orden judicial mostrando displicencia, pues presenta excusas pero no da solución y tan sólo se limitan a indicar que hay que esperar.

Observa la Sala que el término para el cumplimiento de la orden judicial se encuentra vencido y que si bien a la paciente se le enviaron las órdenes, al momento de reclamar el medicamento se le siguen presentando barreras administrativas que la parte incidentada no ha dado solución alguna.

Es así, que con miras a establecer el cumplimiento de la orden judicial, se procedió por parte del Auxiliar Judicial del Despacho de la Sala Segunda de

Decisión, a marcar al abonado telefónico 3108127901⁴, siendo atendido por la señora María Edith Huelgas Betancourt; quien manifestó que después del auto sancionatorio del 10 de septiembre de 2020 a 17 de septiembre de 2020 – día de la llamada, no ha recibido solución alguna; que la atendió vía telefónica el señor MARIO de la NUEVA EPSP, quien nuevamente le presentó otra excusa, indicándole que habían encontrado que la orden médica es diferente al MIPRES en cuanto al nombre del medicamento por diferencia en “*una letra*” y que se hace necesario que el médico tratante que se encuentra en Medellín, donde la atienden, lo corrija y que eso tenía demora.

Aclaró que viene luchando por el medicamento desde el mes de diciembre de 2019, que en este año no ha recibido el medicamento, que la NUEVA EPS en el mes de marzo de este año le pagó pasajes para que fuera a Medellín para que le cambiaran el medicamento y el médico contestó que era el único que le servía, **pues su enfermedad está en el Nivel II** y que de no controlarse con este medicamento **desencadenaría en un trasplante de hígado** a lo que no quiere llegar; es así que el médico en el mes de marzo procedió a darle otro MIPRES que ha originado este trámite de tutela, pues tampoco la NUEVA EPS lo ha cumplido. Agregó que actualmente la enfermedad le genera mucha picazón en el cuerpo, dolor leve en el abdomen, y como le dijera el médico esta enfermedad se trata de adentro, por fuera nada se puede hacer.

Se tiene entonces que se cumple el elemento objetivo en cuanto a que la orden judicial no se ha cumplido, y si vemos, pese a que la entidad se ha pronunciado, lo ha hecho mostrando evasivas, barreras administrativas, pero no le soluciona la situación a la paciente.

Debe tenerse en cuenta, respecto al elemento subjetivo, que se refiere a la actitud negligente u omisiva del funcionario encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela. Con este elemento se debe establecer cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligente, con el ánimo de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela.

Y es que **desde el mes de marzo de 2020 vienen las evasivas de entrega del medicamento**, tanto que es un **nuevo MIPRES que elaboró el médico tratante en esa fecha** y que **tampoco fue posible que se cumpliera entregando el medicamento**, tanto, que la accionante acudió a la vía de tutela, siendo el **fallo del 10 de junio de 2020 y hoy tres meses después tampoco se ha cumplido**.

⁴ Llamada realizada el 17 de septiembre de 2020 de las 11:51 a las 12:13 p.m.

De acuerdo a la actuación desplegada por la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA E.P.S. S.A. y **haciendo una ponderación de la actividad desplegada para lograr el cabal cumplimiento de la orden judicial**, considera la Sala que **hay lugar a mantener la sanción impuesta por desacato**, pues si bien ha mostrado gestiones en cuanto a la orden de entrega de los medicamentos, la misma entidad ha presentado trabas administrativas, aduciendo sus propios errores, no dando solución a los mismos, **ha continuado vulnerando los derechos fundamentales a la accionante ante la no entrega del medicamento que por más de seis meses lo viene solicitando**, tres de ellos desde cuando se dio la orden judicial el 10 de junio de 2020.

No puede ser que los conflictos administrativos que pueda tener la EPS para acatar la orden al fallo de tutela, le sean atribuibles al usuario, toda vez que su obligación es evitar las situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la accionante, como es el de la salud dado la gravedad de su diagnóstico y mucho menos que se vaya en contravía de estos.

Se modificará el numeral primero el auto consultado en cuanto a la fecha del fallo que no se ha dado cumplimiento, precisando que es del 10 de junio de 2020 y no como quedó allí plasmado.

Pese a lo anterior, se **EXHORTARÁ** a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA., el deber que le asiste de cumplir en su totalidad y sin más dilaciones el fallo de tutela, so pena de incurrir en nuevo desacato.

En cuanto al término para el cumplimiento del pago de la multa se adicionará el auto, que debe ser conforme al postulado del numeral 10 de la Ley 1743 de 2014, a favor del Consejo Superior de la Judicatura con destino al Fondo para la modernización, descongestión y bienestar de la Administración de justicia.

2.4. Cuestión final

En el trámite de consulta del auto sancionatorio, se allegó escrito vía correo electrónico el 18 de septiembre de 2020, en el que precisan que la paciente presenta incidente de desacato indicando que no se ha dado cumplimiento al fallo de tutela, toda vez que no se ha realizado la entrega del medicamento ACIDO URSODIOXICÓLICO 250 MG 1U CÁPSULA DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA 2.

Que teniendo en cuenta lo anterior, el caso se encuentra siendo verificado

por parte del área técnica de SALUD quienes posteriormente emitirán un concepto respecto a la solicitud de la paciente y en virtud de la sanción impuesta, indica de manera preliminar que el medicamento se encuentra radicado en salud con el número 160122262. 3.

Así las cosas, indica que no se ha desconocido las obligaciones que le asiste respecto al fallo de tutela, por lo cual se encuentran adelantando las actuaciones pertinentes a través del área técnica.

Por lo que peticiona, que se declare que la NUEVA E.P.S. S.A. no ha desconocido sus obligaciones y que para el presente caso no se ha configurado el **FACTOR SUBJETIVO DE DESACATO** y como consecuencia de ello, se **REVOQUE** la sanción en contra de la Dra. ELSA ROCÍO MORA DÍAZ, mediante el cual impuso multa equivalente a UN (01) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente en calidad de Gerente Zonal Huila de la NUEVA EPS respectivamente.

Al respecto, reitera la Sala que tales argumentos, más que mostrar el actuar diligente de la Dra. ELSA ROCÍO MORA DÍAZ, son demostrativos de su actuar negligente y falta de compromiso en acatar la orden judicial del 10 de junio de 2020, pues como se dijera anteriormente, si bien ha mostrado gestiones en cuanto a la orden de entrega de los medicamentos, la misma entidad ha presentado trabas administrativas, aduciendo sus propios errores que no han permitido la entrega del medicamento a la señora María Edith, lo que conduce a que la sanción se mantenga.

3. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR numeral primero en el sentido de precisar que la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA, incurrió en desacato al no cumplir la orden judicial contenida en el **fallo de tutela adiado 10 de junio de 2020**.

SEGUNDO: CONFIRMAR el auto de 10 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, por medio del cual se impuso sanción a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA.

TERCERO: EXHORTAR a la Dra. **ELSA ROCIO MORA DÍAZ** en su calidad de GERENTE ZONAL HUILA DE LA NUEVA EPS SA., el deber que le asiste de cumplir en su totalidad y sin más dilaciones el fallo de tutela, so pena de incurrir en nuevo desacato.

CUARTO: ADICIONAR el auto consultado en el sentido de precisar que conformidad con el artículo 10 de la Ley 1743 de 2014⁵, la sanción impuesta deberá pagarse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia a favor del Consejo Superior de la Judicatura, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

QUINTO: Si dentro del término legal no se ha acreditado ante el juzgado de origen el pago de la obligación, se deberá cumplir con el trámite dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1743 de 2014, so pena de las sanciones disciplinarias, fiscales y legales a que haya lugar.

SEXTO: Notifíquese lo aquí resuelto a las partes, por el medio más expedito.

SÉPTIMO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al juzgado de origen a fin de que se continúe su trámite.

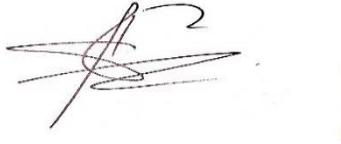
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



⁵ “**Artículo 10. Pago.** El obligado a pagar una multa tendrá diez (10) días hábiles, contados desde el día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria de la providencia que impone la sanción, para pagar la multa. En caso de que dentro del término concedido, el obligado no acredite el pago de la multa ante el Juez de Conocimiento, el juez competente, so pena de las sanciones disciplinarias, fiscales y penales a las que haya lugar, deberá enviar al Consejo Superior de la Judicatura, o quien haga sus veces, dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo que tenía el obligado para pagar la multa, la primera copia auténtica de la providencia que impuso la multa y una certificación en la que acredite que esta providencia se encuentra ejecutoriada, la fecha en que Esta cobró ejecutoria y la fecha en que se venció el plazo que tenía el obligado para pagar la multa. De lo anterior dejará constancia en el expediente.

Desde el día hábil siguiente al vencimiento del plazo legal establecido para pagar la multa, el sancionado deberá cancelar intereses moratorios. Para estos efectos, la tasa de interés moratorio será una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora”.

GERARDÓ IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. Muñoz Hermida', written over a faint, illegible stamp.

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. Lugo Barrero', consisting of a large 'B' and 'M' with a horizontal line below.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada