

**República de Colombia
Departamento de Santander**



**Tribunal Superior del Distrito Judicial
San Gil
Sala Civil Familia Laboral**

REF: INCIDENTE DE DESACATO propuesto por **ROSALBA BALLESTEROS DE MAYORGA** como agente oficioso de **CARLOS EDUARDO MAYORGA BALLESTEROS** contra **ALBERTO HERNAN GUERRERO JACOME**, en calidad de Vicepresidente en Salud de la Nueva E.P.S, y **SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ** en su condición de Gerente y Representante legal de la Nueva EPS Regional Nororienté.

RAD: 68-679-3103-002-2021-00106-01

Consulta Auto Sancionatorio.

(Esta providencia fue discutida y aprobada dando cumplimiento a las disposiciones del Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022)

M.S.: JAVIER GONZÁLEZ SERRANO

San Gil, marzo veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a resolver el grado Jurisdiccional de Consulta en torno a la decisión sancionatoria impuesta dentro del trámite del Incidente de Desacato con ocasión de la Acción de Tutela

interpuesta por Rosalba Ballesteros De Mayorga, como agente oficiosa de Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros, contra Alberto Hernán Guerrero Jácome, en calidad de Vicepresidente en Salud de la Nueva E.P.S, y Sandra Milena Vega Gómez, en su condición de Gerente y Representante legal de la Nueva EPS Regional Nororiente.

ANTECEDENTES

1º. En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil, se tramitó la Acción de Tutela en interés de Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros. Esta acción terminó con decisión del 14 de septiembre de 2021, en la que se dispuso amparar derechos fundamentales y a la vez, ordenó valoración médica domiciliaria en donde se determinara la necesidad de los servicios de i) cuidador o enfermería 24 horas y ii) servicio de transporte, la atención integral para la patología padecida por el agenciado, esto es Parálisis Cerebral y la que se deriven de ésta.

2º. La señora Rosalba Ballesteros de Mayorga, como agente oficiosa de Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros, solicitó mediante escrito¹ que se requiriera por desacato a la E.P.S. accionada, para que diera cumplimiento estricto a la orden impuesta en la citada acción constitucional; toda vez que el

¹ Ver Archivo digital 01 INCIDENTE DE DESACATO Y ANEXOS.

padre del agenciado falleció hace dos meses lo cual conllevó a que se hiciera cargo sola de todos los quehaceres que padece su hijo; que por estar lidiando con el los quehaceres mismos de su enfermedad sufrió un incidente de salud (fractura de pierna) por lo que no puede asistir a su hijo con sus necesidades y no cuenta con recursos necesarios para poder pagar una enfermera.

3º. Se dispuso² el requerimiento previo a la Gerente Regional de la EPS, para que en un término perentorio acatará integralmente el fallo de tutela. Igualmente, al Vicepresidente de Salud de la misma entidad accionada para que verificará su cumplimiento y se hiciera lo pertinente con la iniciación del proceso disciplinario.

La entidad accionada se pronuncia³, aclarando que a partir del 30 de diciembre de 2021 el usuario fue retirada de NUEVA EPS, se informa también que la entidad realizó valoración por medicina general el día 10 de septiembre de 2021 y que el 29 de junio de 2021 se emitió concepto del trabajo social, mediante la cual se determinó que no es pertinente el servicio de cuidador domiciliario, toda vez que dicho servicio puede ser suplido por su sistema fraterno amplio y cercano para su acompañamiento y cuidados básicos.

² Ver Archivo 03 REQUERIMIENTO DESACATO 2021-00106-00.

³ Ver Archivo 07 RESPUESTA AL REQUERIMIENTO.

4°. Mediante memorial⁴ la agente oficiosa manifiesta que NUEVA EPS no ha cumplido con el requerimiento del 12 de enero de 2022, que no se le ha prestado servicio de ninguna índole al señor Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros, puesto que su padre, quien era el cotizante falleció, por lo cual ya no le prestan servicios de salud hasta legalizar la pensión de sobreviviente, como el caso de medicamentos que son necesarios que han tenido que ser sufragados por la madre.

5° El Despacho realiza nuevo requerimiento el día 9 de febrero de 2022, el accionante envía certificado de afiliación de Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros a Nueva EPS desde el 1 de febrero de 2022, razón por la cual considera el juzgado que la entidad no tiene razón alguna para no cumplir con el fallo de tutela del 14 de septiembre de 2021.

Nueva EPS se pronuncia respecto al nuevo requerimiento señalando que la entidad ha adelantado las acciones pertinentes para que la IPS preste el servicio petitionado relacionado con la atención domiciliaria por medicina general, añadiendo que una vez sean obtenidos los resultados se pondrán en conocimiento.

6° Al esperar un tiempo prudencial para que los resultados fueran allegados al despacho y que la accionante le

⁴ Ver Archivo 08 MEMORIAL ALLEGADO POR LA ACCIONANTE. .

comunicara al juzgado que la Nueva EPS continua renuente a dar cumplimiento al fallo de tutela, se dio apertura⁵ al incidente de desacato y de éste se dispuso correr traslado a los Doctores Sandra Milena Vega Gómez, en calidad de Gerente de la Regional de la NUEVA EPS Santander y Alberto Hernán Guerrero Jácome como Vicepresidente de Salud de la misma entidad.

7° Mediante memorial la accionante allega certificado de dependencia funcional, en el cual se certifica que el señor Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros presenta dependencia total⁶.

8° Posteriormente se hizo lo pertinente para la práctica⁷ de pruebas y en consecuencia el juzgado en la decisión⁸ que es objeto de Consulta, resolvió de fondo sancionar a al vicepresidente de Salud, así como a la Gerente Regional de Santander de la NUEVA EPS. Se impuso el arresto y multa, con los aspectos consecuenciales para su cumplimiento y se ordenó la consulta del proveído. Sustancialmente tal decisión se apoyó en que estaba probado que la accionada ha incurrido en actos omisivos frente a la orden judicial, además que se acredita que ha operado la *presunción de veracidad* de las

⁵ Ver providencia del cuatro de marzo de 2022, archivo electrónico 13 AUTO 07-03-22 APERTURA INCIDENTE DE DESACATO.

⁶ Ver certificado en el archivo No. 15 *ibídem*.

⁷ Ver auto del 10 de marzo de 2022 Archivo No. 17 *Ibídem*.

⁸ Ver auto del 17 de marzo de 2022. Archivo No. 19 *Ibídem*.

afirmaciones efectuadas por la parte accionante en el libelo genitor de este incidente, según lo dispone el artículo 20 del decreto 2591/91, porque ha expirado en silencio el plazo concedido a los accionados durante el traslado surtido con ocasión de este asunto, sin que estos hubiesen acreditado el cumplimiento de lo aquí ordenado o justificado las razones para no acatar oportunamente la sentencia de tutela.

Concluyéndose que, la conducta de los accionados ha estado encaminada a sustraerse negligentemente al cumplimiento de lo ordenado.

9°. Proferida la decisión sancionatoria, la entidad accionada solicita se revoque la decisión de arresto en con fundamento en la postura de la Corte Suprema de Justicia frente a las alternativas de conmutar la sanción. A su vez, informa que la entidad ya dio cumplimiento toda vez que el 15/03/2022, se cuenta con soportes de valoración domiciliaria y trabajo social realizadas en febrero 2022 por IPS MEDITEP, los que no dan pertinencia al servicio de enfermería o cuidador y anexando los soportes pertinentes.

Por lo anterior, se afirma que, frente a la prestación del servicio de enfermería o cuidador domiciliario, la NUEVA EPS en su calidad de asegurador autoriza los servicios prescritos por parte de los profesionales de la salud adscritos a la red de servicios, es decir, se suministra lo consignado en fórmula médica o historia clínica – actual y vigente-, de acuerdo al

principio de autonomía médica. Y a partir del criterio médico y según aclaración hecha por parte del área técnica de salud, el especialista tratante no determinó dentro del plan de tratamiento dichos servicios domiciliarios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizados los presupuestos necesarios exigidos para imponer la por desacato a una orden de tutela, encuentra la Sala que la orden fue cumplida, con posteridad a su imposición y, por ende, se estructura un presupuestos para ser revocada.

En efecto, se establece por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en materia de sanciones, por las órdenes proferidas en Acciones de Tutela, lo siguiente:

“La persona que incumpliere la orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta 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”.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-421-03, sentó doctrina respecto de la naturaleza jurídica del incidente de desacato de una tutela y de alguna manera los efectos del cumplimiento de dicha orden. Al respecto consideró:

“(…) la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia. Al ser así, el accionante que inicia el incidente de desacato se ve afectado con las resultas del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció.

Segundo, la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. Al contrario, si el accionado no acepta la existencia de desacato y el juez, por incorrecta apreciación fáctica, determina que éste no existió, se desdibujará uno de los medios de persuasión con el que contaba el accionado para que se respetara su derecho fundamental. Al tener un carácter persuasivo, el incidente

de desacato sí puede influir en la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante y en esa medida existiría legitimación para pedir la garantía del debido proceso a través de tutela.

Tercero, y último, el incidente de desacato es un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (C.P., Art. 229). No sólo se protege éste cuando se permite que se acuda a la tutela, se reconozca la vulneración de los derechos fundamentales en el fallo, y se establezca la respectiva orden para su protección. Se necesita ir más allá y poner en marcha todas las medidas procesales para que la materialización de la protección sea un hecho⁹.

En el sentir de ésta Colegiatura y así se ha reiterado en otras decisiones de la misma índole, la estructura del trámite disciplinario que detenta esta clase de actuaciones, exige que la sanción, solo podrá aplicarse ante la constatación clara e inequívoca del no cumplimiento objetivo de la orden de tutela y además la demostración de no querer neciamente cumplir la orden de tutela, vale decir, lo cual conlleva también a que necesariamente deba ventilarse el aspecto subjetivo o intención de desatender la orden judicial de amparo.

En la situación en examen, de conformidad con la providencia que es objeto de consulta, y que motivó la sanción por

⁹ Corte Constitucional. Sent. T-421-03, citada en CSJ ATC, 21 sep. 2011 rad. 01940-00; ATC, 5 jul. 2012, rad. 01313-00; ATC, 3 oct. 2013, rad.00068-02, ATC101-2016, ATC1555-2016, 17 mar rad. 00485-01 y ATC 0003-2020 del 14 de enero.

Desacato a orden de tutela, aludió a lo así dispuesto en la sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), específicamente en lo relacionado en el numeral “SEGUNDO”:

“ SEGUNDO: ORDENAR a LA NUEVA EPS a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice valoración médica domiciliaria e integral a CARLOS EDUARDO MAYORGA BALLESTEROS, en la cual determine la necesidad de los servicios de (i) cuidador o enfermería 24 horas y (ii) servicio de transporte cada vez que el paciente deba desplazarse a recibir los servicios médicos que se le otorguen, decisión que deberá adoptar con la debida fundamentación científica y sin que pueda negarse su prestación por no estar incluidos en el PBS o por razones administrativas o presupuestales. De igual forma, la entidad deberá proceder a autorizar y suministrar los servicios que el galeno estime necesarios de acuerdo con dicha valoración, en un término que no puede exceder las 48 horas posteriores a la realización de la visita médica.”

La solicitud de incumplimiento en el presente evento y que conllevó a la sanción aludió al ámbito de la valoración profesional médica respectiva para la determinación de asignar un cuidador. Tal fue el supuesto fáctico que sustentó la sanción que es objeto de consulta, razón por cual el ámbito de la presente decisión alude solo a determinar si existió frente a tal obligación el incumplimiento o si por el contrario ya la orden fue

cumplida en los términos que se arguye por las personas sancionadas de la Nueva E.P.S..

En el expediente sobre tal aspecto, la entidad accionada informa que el *“15/03/2022 se cuenta con soportes de valoración domiciliaria y trabajo social realizadas en febrero 2022 por IPS MEDITEP donde no dan pertinencia al servicio de enfermería o cuidador:”*

Así mismo en la historia clínica No. 00410583 NOTA ACLARATORIA y firmada por médica Nathalia Milena Muñoz González en consulta el 24 /02/2022, certificó que:

“PACIENTE DE 33 AÑOS DE EDAD CON MÚLTIPLES COMORBILIDADES CON DIAGNÓSTICOS Y ANTECEDENTES ANOTADOS, CON ÍNDICE DE BARHTEL DE 20/100 CON DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL DE SUS ACTIVIDADES DIARIAS QUE REQUIERE MANEJO POR TERCEROS, PACIENTE QUIEN NO CUENTA CON MEDIOS INVASIVOS COMO LOS SON TRAQUEOSTOMIA, GASTROSTOMÍA, Y CUALQUIER OSTOMIA O CPAP, BPAP, DE RECAMBIO PERMANENTE QUE REQUIERA DE CONOCIMIENTOS POR PARTE DE PROFESIONAL DE LA SALUD, POR LO CUAL NO ES PERTINENTE SERVICIO DE ENFERMERÍA, POR EL CONTRARIO SE TRATA DE ACTIVIDADES BÁSICAS COMO LO SON CAMBIARSE, VESTIRSE, SUMINISTRAR MEDICAMENTO ORAL, TRASLADO QUE PUEDEN SER SUPLIDAS POR UN TERCERO, POR LO CUAL

ES VALORADA POR TRABAJO SOCIAL QUIEN INDICA PACIENTE CUENTA CON BUENA RED DE APOYO QUE PUEDEN AYUDAR EN VIRTUD DE SUS ESTRECHOS LAZOS CON EL CUIDADO DEL PACIENTE, ASÍ COMO CON FACTORES SOCIOECONÓMICOS, POR LO CUAL NO REQUIERE DE SERVICIO DE CUIDADOR”

Ahora el concepto No. 00583238 de la Trabajadora Social Diana Patricia Franco Rueda del 21/02/2022, consigna lo siguiente:

“PACIENTE CON DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, QUIEN POR SUS PATOLOGÍAS DE BASE EFECTIVAMENTE REQUIERE DE ACOMPAÑAMIENTO PARA SU CUIDADO PERSONAL DIARIO, EL CUAL SE ENCUENTRA LIGADO SOLO AL BAÑO, ASEO PERSONAL, CAMBIO DE PAÑAL Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DEBIDO A SU PÉRDIDA DE AUTONOMÍA FÍSICA. LO ANTERIOR ESTÁ SIENDO ASUMIDO EN SU TOTALIDAD POR SU HERMANA SOLTERA SIN HIJOS DE 40 AÑOS CON LA QUE CONVIVE SEGÚN REFIRIÓ ENTREVISTADA. 2.SU CUIDADORA PRIMARIA POR SU EDAD NO ES APTA PARA EJERCER DICHO ROL (68 AÑOS) Y ESTE ES UN REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA GARANTÍA DEL SERVICIO REQUERIDO Y QUE DEBE SER SUELTO Y GESTIONADO POR EL SISTEMA FAMILIAR. NO POR EL SISTEMA DE SALUD QUE DESDE SU COMPETENCIA (ESTA BRINDÁNDOLE AL PACIENTE TODOS LOS SERVICIOS QUE ÉSTE REQUIERE)- 3 LA RED FAMILIAR CON LA QUE CUENTA EL PACIENTE ES AMPLIA, IDÓNEA Y PRESENTA RECURSOS. LO QUE

PERMITE PRESUMIR QUE PUEDEN LLEGAR A APOYAR A LA CUIDADORA PRIMERA DE MANERA PRESENCIAL O EN ESPECIE (MONETARIAMENTE) 4. EN CUENTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA, EL PACIENTE ES PENSIONADO EN CATEGORÍA (B) POR SUSTITUCIÓN (RECIBIRÁ LA MITAD DE LA PENSIÓN DE SU FALLECIDO PADRE), SU PROGENITORA ES PENSIONADA POR SUSTITUCIÓN Y YA SE ENCUENTRAN RECIBIENDO DICHO RUBRO, PERMANECE EN PREDIO DE SU PROPIEDAD DE LA PROGENITORA (ES DECIR NO PAGA ARRIENDO) LA HERMANA CON LA QUE CONVIVE ES EMPLEADA AL IGUAL EL HERMANO DE 48 AÑOS Y UNO DE LOS HERMANOS MEMORES ES INDEPENDIENTE EN ACTIVIDAD INFORMAL PERMANENTE (MANEJA TAXI) 5. DESDE LO ANTERIOR ES COMO SE HACE NECESARIO SUGIRLE A TODO EL SISTEMA FAMILIAR LO QUE EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO DESDE LA SENTENCIA T-096 DE 2016 PRECIAS “ EL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN VALERSE POR SI MISMAS RADICAN EN CABEZA DE LOS PARIENTES O FAMILIARES, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOLIDARIDAD, QUE SE HACE EN PRIMER LUGAR A LA FAMILIA SOLIDARIZANTE Y BRINDAR LA ATENCIÓN Y CUIDADO QUE NECESITE EL PARIENTE EN SITUACIÓN DE INDEFENSIÓN EN VIRTUD DE SUS ESTRECHOS LAZOS. LA OBLIGACIÓN MORAL DESCANSA EN PRIMER LUGAR EN EL NÚCLEO FAMILIAR” POR LO TANTO NO ES PERTINENTE LA SOLICITUD DE SERVICIO....”

Conforme a lo anterior, la orden de tutela fue clara en determinar la realización de valoración médica al accionante

Carlos Eduardo Mayorga Ballesteros, para que se determinara la necesidad de los “servicios de (i) cuidador o enfermería 24 horas” y si bien es cierto, está probado que el accionante tiene dependencia total, la médica tratante determinó que no era necesario el servicio de enfermería tal y como se transcribió en la consulta médica efectuada el 24 de febrero de 2022.

Ahora, también certificó la médica tratante que no requiere los servicios de cuidador, toda vez que fue valorada por trabajadora social quien indicó que el accionante cuenta con buena red de apoyo, concepto que fue transcrito por esta Corporación.

Ciertamente, la orden de tutela, en torno al cuidador fue condicionada a la valoración previa del médico tratante, quien determinó que el accionante no necesita los servicios deprecados. Al tiempo, también aparece ratificado por la profesional en Trabajo Social atendido el concepto que se transcribió atrás. Y de acuerdo con los antecedentes resaltados, es evidente para la Colegiatura que la sanción impuesta por el Q Quo, se apoyó fundamentalmente en que no se había dado cumplimiento a la orden de tutela, toda vez que no se había aportado por la entidad la valoración médica, situación que varío al solicitar la revocatoria de la sanción.

En ese estado de cosas, claro resulta que del proceso se derivan razones atendibles que impiden colegir que la entidad

accionada, a través de las personas responsables de cumplir la orden de tutela, están aún en Desacato o plena rebeldía, frente a la orden de tutela que fue impuesta, por ello ciertamente se constata objetivamente su cumplimiento integral conforme a lo solicitado por la agente oficiosa, razón por la cual, la solicitud del incidentante que en principio había sido atendida favorablemente, por no haber sido encontrada como cumplida orden de tutela, no es la misma en estos momentos, al constatarse su cumplimiento.

En atención a lo expuesto y sin que se torne necesario realizar otras consideraciones, esta Corporación deberá revocar la decisión impuesta y consecuentemente declarar que se suscita hecho superado, al demostrarse que la autoridad accionada dio cumplimiento a la orden por la cual se dio inicio al incidente de desacato. Por lo demás, se dispondrá en consecuencia lo correspondiente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL**, en **SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**,

RESUELVE

REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil, el diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021), dentro del incidente de desacato propuesto por ROSALBA BALLESTEROS DE MAYORGA como agente oficioso de CARLOS EDUARDO MAYORGA BALLESTEROS, por lo expuesto anteriormente.

NOTIFÍQUESE Y DEVUELVA

Los Magistrados¹⁰,



JAVIER GONZALEZ SERRANO



CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA

LUÍS ALBERTO TÉLLEZ RUÍZ

En licencia

¹⁰ Esta Providencia se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.”