



SALA DE DECISIÓN N° 005 CONSTITUCIONAL

Cartagena de Indias D.T. y C., Agosto veintitrés (23) de dos mil dieciséis (2016)

Acción	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00180-01
Accionante	AMANDA GENES POLO
Accionada	NUEVA E.P.S.
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<b>SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES IMPARTIDAS EN LAS SENTENCIAS DE TUTELAS – TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL – NO ENTREGA DE SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE.</b>

**I. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a revisar en Grado Jurisdiccional de Consulta el auto de fecha nueve (09) de agosto de dos mil dieciséis (2016)<sup>1</sup>, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, referente al incidente de desacato iniciado por el incumplimiento de la sentencia de tutela de fecha veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015).

**II. ANTECEDENTES**

1. De acuerdo con la información suministrada en el expediente, se encuentra que, mediante fallo de tutela de 20 de marzo del dos mil quince (2015), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, amparó el derecho fundamental a la salud del joven discapacitado JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, quien actuó en el proceso representado por su madre AMANDA GENES POLO.
2. En consecuencia, el operador judicial en cita ordenó a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia de tutela, realice lo siguiente:
  - “Autorice el auxiliar terapéutico de ocho (8) horas a (sic) día de lunes a viernes a JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES”.
  - “Autorice la realización de todo el tratamiento integral, incluidas las terapias convencionales y no convencionales que el respectivo médico tratante le prescriba al niño JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, con el fin de brindarle un mejor desarrollo integral,

<sup>1</sup> Fol. 26-28



*de manera que le permita mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona, sin necesidad de tutela". [...]*

3. Con escrito del 29 de julio de la presente anualidad<sup>2</sup>, la accionante presentó incidente de desacato en contra de la NUEVA E.P.S., argumentando que dicha entidad, encargada del tratamiento de rehabilitación de su hijo JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES quien es sordo-ciego, ha modificado los contratos relacionados con el proceso de atención integral que éste recibe, dejando por fuera el subsidio de alimentación y transporte que se le suministró durante el tiempo de tratamiento que lleva.
4. Por auto de fecha 2 de agosto de 2016<sup>3</sup>, el Juzgado de origen dio apertura al incidente de desacato y ordenó al funcionario citado, rendir informe respecto al cumplimiento del fallo de tutela de la referencia.

## **2.1. Contestación<sup>4</sup>**

Por medio de correo electrónico del 8 de agosto de 2016, la Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, contestó el incidente de desacato manifestando que en la tutela proferida el 20 de marzo de 2015 no se ordena el pago de gastos de transporte y alimentación a favor del joven JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES; por lo que no puede considerarse que exista un incumplimiento de la misma.

Al respecto sostuvo, que la NUEVA E.P.S., se encuentra realizando todas las gestiones para que el joven JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES reciba los servicios de salud ordenados; y, como prueba de ello, aportó al expediente un informe de la Fundación REI para la Rehabilitación Integral IPS, en el que se muestra el proceso de rehabilitación y los avances logrados en las terapias realizadas al menor JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, así como las ordenes de servicio en las que se le autoriza el acompañante permanente y el proceso de rehabilitación en la IPS mencionada.

## **III. PROVIDENCIA CONSULTADA<sup>5</sup>**

Mediante auto del 9 de agosto de 2016, el A-quo decidió sancionar a la Gerente Zonal de la NUEVA EPS., Dra., ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, con un (1) día de arresto y al pago de tres (03) SMMLV, en razón al incumplimiento de la orden dada en la sentencia de tutela de fecha 20 de marzo de 2015.

---

<sup>2</sup>Folios. 1 cdno 1

<sup>3</sup> Folios. 7 C. 1

<sup>4</sup> Folio 14-25 C. 1

<sup>5</sup> Folio 26-28 C. 1



**AUTO INTERLOCUTORIO No. 108 /2016**

En ese sentido, se adujo que, la desatención a la orden judicial impartida, comporta renuencia al cumplimiento efectivo de la sentencia de tutela, toda vez que, no se le está proporcionando el tratamiento integral al joven discapacitado JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, puesto que, como hecho sobreviniente al fallo de tutela, se dispuso no darle el dinero del transporte, almuerzo y refrigerios por parte de la EPS, en razón de una nueva contratación realizada con la Fundación REI, que es la IPS asignada para el proceso de rehabilitación del joven, violentándosele de ésta manera sus derechos fundamentales, como quiera que no se le está brindando el tratamiento Integral ordenado por el juez constitucional.

Agregó, que en la contestación del incidente no se justifica o desvirtúa el hecho de que se le hayan eliminado las ayudas de subsidio de alimentación, refrigerio y transporte al paciente; y manifiesta que la ausencia de dichos auxilios constituye un obstáculo para la recuperación integral de JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **4.1. Competencia**

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

***“Artículo 52. DESACATO***

*(...)*

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

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, queda resuelto el tema de la competencia, cuestión por la cual, procede esta Sala de decisión a realizar el estudio de fondo.

##### **4.2. Problema Jurídico**

Teniendo en cuenta los supuestos narrados en el asunto *sub examine*, para esta Sala, el problema jurídico, se centra en determinar:

¿La sanción impuesta a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, Gerente Zonal de la NUEVA EPS., se ajusta a derecho? ¿Constituye un desacato al fallo de tutela dictado el 20 de marzo de 2015, el hecho de que al joven JOSÉ



ARMANDO ZÚÑIGA GENES no se le esté suministrando el auxilio de transporte, alimentación y refrigerio?

Para llegar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Generalidades del incidente de desacato en acciones de tutela; Requisitos para la procedencia de la sanción por desacato (ii) Caso concreto; (iii) Conclusión.

#### 4.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la providencia del nueve (09) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual se decidió sancionar a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, Gerente Zonal de la NUEVA EPS., teniendo en cuenta que la renuencia a suministrar el subsidio de transporte, alimentación y refrigerio a JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, constituye un obstáculo que impide el cumplimiento efectivo de la orden de tutela impartida el 20 marzo de 2015, en lo que compete al tratamiento de rehabilitación integral del joven discapacitado.

#### 4.4. Generalidades del incidente por desacato en acciones de tutela

Con el objeto de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales a favor de quien ha solicitado su amparo, el legislador dispuso en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que el incumplimiento de una sentencia de tutela, traerá como consecuencia para el obligado por haber incurrido en desacato, sanción de arresto hasta por seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Corte Constitucional<sup>6</sup>, se pronunció en los siguientes términos:

*"El incidente de desacato debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), puesto que éste permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional".*

Ahora bien, para la aplicación de las consecuencias previstas en la norma citada, no es suficiente adelantar una comparación objetiva entre la orden impartida en la sentencia y la conducta asumida por los funcionarios

<sup>6</sup>Corte Constitucional, Sentencia T- 271 de 2015, M.P.: Jorge Ivan Palacio Palacio.



**AUTO INTERLOCUTORIO No. 108 /2016**

cuestionados, sino que es necesario observar, además, si ese incumplimiento obedeció a una actitud de rebeldía que merezca ser sancionada con multa y arresto, teniendo en cuenta que el objeto del instrumento constitucional no es la multa en sí misma, sino que se impone con el fin de obtener el cumplimiento del fallo de tutela, con relación a lo anterior, señalo la H. Corte Constitucional<sup>7</sup>;

*“... A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia”.*

**4.5. Requisitos para la procedencia de la sanción por desacato**

La procedencia de la sanción por desacato consagrada en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, exige al juez comprobar que efectivamente y sin justa causa, se incurrió en rebeldía respecto al cumplimiento de la orden impartida en un fallo de tutela.

Al juez constitucional como protector de los derechos fundamentales, le es obligación verificar la existencia de dos elementos importantes; el objetivo, referente al incumplimiento del fallo, y el subjetivo, relacionado con la persona responsable de dar cumplimiento al fallo.

El elemento objetivo, corresponde al incumplimiento del fallo en sí, es decir que se debe hacer una análisis de los elementos probatorios obrantes en el expediente para determinar que la orden ha sido desatendida, 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.

Por su parte, el elemento subjetivo hace referencia a la actitud negligente y desatendida del funcionario encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela, una vez identificado se debe analizar cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligentemente, con el fin de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela.

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-367 de 2014, Mauricio Gonzales Cuervo.



**AUTO INTERLOCUTORIO No. 108 /2016**

Una vez analizados los elementos para que proceda la sanción por desacato, el juez competente debe tasar dicha sanción atendiendo al juicio de razonabilidad al respecto y aplicando las reglas de la experiencia, esto con el fin de que la sanción a imponer no resulte desproporcional al funcionario incumplido.

La imposición de sanciones en el caso de incumplimiento de órdenes judiciales debe hacerse respetando el debido proceso, es decir realizando todas las etapas del trámite incidental.

Respecto a lo aludido, la Corte Constitucional<sup>8</sup>, señaló:

*"... La labor del juez constitucional y su margen de acción en el trámite de un incidente de desacato estará siempre delimitada por lo dispuesto en la parte resolutive del fallo correspondiente. Por esta razón, se encuentra obligado 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. Así, de existir un incumplimiento "deberá 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" hipótesis en la cual procederá la imposición del arresto y la multa."*

#### **4.6. Caso Concreto**

El día 29 de julio de 2016, la madre del menor JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES presentó incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS, bajo el argumento de que ésta incumplió el fallo de tutela del 20 de marzo de 2015, al modificar el contrato que tenía con la Fundación REI, eliminándose en consecuencia el suministro del subsidio de transporte, alimentación y refrigerio a su hijo, lo que constituye un obstáculo en la rehabilitación integral del mismo, ya que ella no cuenta con capacidad económica para asumir a partir de ahora dichos costos.

La Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, respondió el incidente, manifestando que la EPS si está cumpliendo con la orden emitida en el fallo de tutela del 20 de marzo de 2015, la cual consisten únicamente en la autorización del auxiliar terapéutico y el tratamiento integral al menor discapacitado; mas no con el subsidio de transporte y alimentación exigidos por la actora puesto que ellos no hacen parte de lo tutelado por el juez.

---

<sup>8</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-482 de 2013, M.P: Alberto Rojas Ríos.





**AUTO INTERLOCUTORIO No. 108 /2016**

El A-quo, en la providencia consultada resolvió sancionar a la funcionaria mencionada, con un (1) día de arresto y multa tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al considerar que el no suministro de los auxilios de transporte, alimentación y refrigerio impiden el cabal cumplimiento de la sentencia de tutela, que además dispuso que se realizaran las gestiones necesarias para que la accionante no se viera en la obligación de presentar los trámites de tutela por eventos relacionados con lo fallado.

Una vez analizado el sub iudice, la Sala confirmará la decisión del A-quo, por las razones que se exponen a continuación.

Con el fallo de tutela del 20 de marzo de 2015, el Juez Quinto Administrativo de Cartagena accedió a la protección del derecho fundamental a la salud de JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, y, como consecuencia del referido amparo, el Juez de origen, ordenó a la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente a la notificación, procediera autorizar un auxiliar terapéutico que atienda al joven JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, de lunes a viernes en un periodo de 8 horas, y a autorizar la realización de todo el **tratamiento integral**, que el menor discapacitado requiera, de tal manera que se le garantice la vida en condiciones dignas, y sin que para ello sea necesaria la presentación de nuevos trámites de tutela.

En este orden, en relación al elemento objetivo, la Sala considera, que, si bien la entidad demandada cumplió con su deber de ordenar el auxiliar terapéutico y autorizar las terapias para la rehabilitación del menor discapacitado, lo cierto es que en la tutela del 20 de marzo de 2015 lo que se ordenó fue la **ATENCIÓN INTEGRAL DEL JOVEN JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES**, que le permitiera llevar una vida digna, tal y como se venía prestando por esa EPS hasta el 26 de julio de 2016, por intermedio de la IPS Fundación REI.

Encuentra la Sala que la exclusión del suministro de los auxilios de transporte y alimentación, constituyen en este caso un obstáculo para la cabal prestación del servicio de salud al paciente, lo anterior, en atención a que la madre del menor discapaz no cuenta con los recursos necesarios para asumir dicho costo, y la EPS incidentada en este caso no demuestra lo contrario.

Aunado a lo anterior, en el informe rendido por la Fundación REI se deja constancia que las terapias a las cuales es sometido el joven JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES tienen una duración de 8 horas diarias, de 8:00 am a 4:00 pm<sup>9</sup>, lo que necesariamente implica la necesidad de que se le suministre al menor los alimentos y refrigerios necesarios para su sostenimiento mientras se encuentra en el centro de rehabilitación. Que el hecho de que se le eliminen

---

<sup>9</sup> Folio 15



dichos auxilios, representa un costo adicional que deberá ser asumido por la madre del joven JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES

No encuentra la Sala ningún argumento que justifique el hecho de que se le deje de suministrar al menor JOSÉ ARMANDO ZÚÑIGA GENES, los auxilios que con anterioridad al 27 de julio de esta anualidad se le estaban brindando de buena forma, lo cual en resumen ha generado perjuicio al menor de especial protección, toda vez que el hecho de que la señora AMANDA GENES POLO tenga que asumir dichos costos, se convierte en una barrera para que su hijo reciba los servicios médicos requeridos, y por ende se le afecte su derecho fundamental a la salud.

En lo que al elemento subjetivo respecta, se estima que, efectivamente, como lo sostuvo la señora Juez de primer grado, la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, es la funcionaria encargada funcionalmente, de cumplir la orden impartida por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, en el fallo de tutela, proferido el día 20 de marzo de 2015.

Así las cosas, y como quiera que se encuentran acreditados, tanto el elemento objetivo, como el subjetivo, presupuestos que efectivamente configuran el desacato constitucional, debe esta Corporación proceder a confirmar el auto de primera instancia.

#### **4.7. Conclusión**

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que, la respuesta al problema jurídico planteado, es positiva, toda vez que, se encuentran configurados los elementos objetivos y subjetivos, necesarios para la imposición de la sanción por desacato, motivo por el cual es procedente sancionar a la Dra. ANGELA MARÍA ESPITIA ROMERO en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS, por incurrir en desacato frente a la sentencia que tuteló los derechos invocados por la accionante.

Por otro lado, se tiene que la sanción impuesta, se encuentra ajustada a derecho, amén de responder a los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, por lo que se confirmará la sanción de instancia.

### **V. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.





**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia del 9 de agosto del 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia,

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones de rigor en el sistema Justicia Siglo XXI, **REMITIR** el expediente de la referencia al Juzgado de origen.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión extraordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 14

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

Magistrado

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

Magistrado