



Libertad y Orden

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, primero de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Expediente: 19001 33 33 001 2017 00181 02
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S
Medio de control: CONSULTA

Auto Interlocutorio N° 304

Procede la Sala a decidir en Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre el Auto N° 683 del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, que impuso al señor ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, en calidad de Gerente Zonal Cauca de la Nueva E.P.S, sanción consistente en multa de cinco (05) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por incurrir en desacato a lo ordenado en el fallo de Tutela No 138 de 28 de junio de 2017, proferido por esa autoridad judicial.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Fundamentos Fácticos

La señora Kimberly Dayana Enríquez Erazo, promovió incidente de desacato contra NUEVA E.P.S Popayán, en su representación, al señor ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ en calidad de Gerente Zonal Cauca de la Nueva E.P.S, como consecuencia del incumplimiento de la sentencia de Tutela No. 138 de 28 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, en la cual se dispuso lo siguiente:

(...)

“PRIMERO.- Tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora KIMBERLY DAYANA ENRÍQUEZ ERAZO, por las razones expuestas.

...

TERCERO.- La REPRESENTANTE LEGAL DE LA NUEVA E.P.S., garantizar a la señora KIMBERLY DAYANA ENRÍQUEZ ERAZO, el tratamiento integral, esto es, la prestación de los demás exámenes, terapias, medicamentos y tratamientos de manera integral, que se prescriban en virtud del diagnóstico de EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADO, siempre que sean debidamente prescritos por el médico tratante.

CUARTO.- PREVENIR a la NUEVA E.P.S., para que de cabal cumplimiento a la presente acción y no siga vulnerando los derechos de la accionante, de tal manera que no tenga que acudir nuevamente a esta instancia judicial a solicitar se protección.”

(...)

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

1.2.- Recuento Procesal

En el escrito incidental se argumenta que la NUEVA E.P.S, no ha cumplido lo ordenado en la sentencia mencionada. Esta entidad, se niega a generar autorización para que la accionante logre agendar su cita con la ESPECIALIDAD DE EPILEPTOLOGÍA, ordenada por el médico tratante adscrito a la red propia de la Nueva E.P.S.

El 02 de junio, el Juzgado cognoscente, dio apertura formal al incidente de desacato contra el señor, ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, en su calidad de Gerente Zonal Cauca de Nueva E.P.S, siendo notificado en debida forma.

Ejerciendo su derecho de defensa, NUEVA E.P.S, el 25 de junio, allegó escrito, demostrando que en el caso de Kimberly han diligenciado lo siguiente:

- Programación de cita con el Doctor Javier Lobato Neurocirujano, para el próximo 21 de julio en la Clínica Valle del Lili en la ciudad de Cali.
- Reporte de video de telemetría del 11 de mayo del 2020.
- Reporte de resonancia magnética cerebral del 14 de mayo.
- Correo de I.P.S Impronta con programación de prueba neuropsicológica para el 17 de junio de 2020.
- Certificado de I.P.S audiofarma en el que se reporta la entrega el 15 de mayo del medicamento Lacosamida formulada por el médico tratante.

Respecto a la solicitud de gastos que señala la accionante indican que, ellos no hacen parte del cubrimiento que menciona la sentencia de tutela del año 2017. De igual manera, señalan que Nueva E.P.S debe ceñirse a la normatividad vigente en el tema de autorizaciones y recobros por fallo de tutela dispuesto por el Gobierno Nacional.

Sobre el TRATAMIENTO INTEGRAL que pone de presente la accionante, se apoyan en el Plan de Beneficios para la Salud y entonces solamente se justifica el cubrimiento total cuando se reúnen los requisitos sentados por la jurisprudencia, ejemplificando un caso en el que se tienen en cuenta las condiciones económicas del peticionario.

No se ha configurado el elemento subjetivo y en lo que tiene que ver con la responsabilidad no hubo negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo.

Con base en esos fundamentos, solicitan la revocatoria de la sanción impuesta al Gerente Zonal Cauca de la Nueva E.P.S, en razón a que se le han brindado los servicios en salud a la usuaria y como entidad, se han adherido a los protocolos de tratamiento de la patología diagnosticada a la señora Kimberly.

Aunque Nueva E.P.S actualmente, ha realizado algunos trámites de carácter administrativo, no hay razón que justifique su tardío cumplimiento con la autorización para agendar cita con la ESPECIALIDAD DE EPILEPTOLOGIA a que tiene derecho la accionante.

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

1.3.- La providencia objeto de consulta

El 17 de junio de 2020, mediante Auto Interlocutorio N° 683, el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, decidió el incidente de desacato concluyendo que no se ha dado cabal cumplimiento a la orden proferida en el fallo de tutela No. 138 de 28 de junio de 2017, razón por la cual dispuso lo siguiente:

(...)

“PRIMERO: DECLARAR que el GERENTE ZONAL DEL CAUCA DE LA NUEVA E.P.S., ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, incurrió en desacato al fallo de tutela proferido por este Despacho el día 28 de junio de 2017.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SANCIÓNENSE al GERENTE ZONAL DEL CAUCA DE LA NUEVA E.P.S., ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ Identificado con C.C.94.326.080 de Palmira, con MULTA DE CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, suma que deberá consignar de su propio peculio dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión en el Banco Agrario, cuenta CON MULTAS Y SUS RENDIMIENTOS No 308200006408, convenio 13474 del Consejo Superior de la Judicatura. De no cancelarse oportunamente la multa impuesta, se procederá a su cobro coactivo.

TERCERO: ORDENAR al GERENTE ZONAL DEL CAUCA DE LA NUEVA E.P.S., ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, que proceda a dar cumplimiento inmediato a la sentencia del 28 de junio de 2017.

CUARTO: Denegar las demás pretensiones.”

(...)

II. CONSIDERACIONES

En el presente asunto se pretende determinar si el señor ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ en calidad de Gerente Zonal Cauca de Nueva E.P.S, incurrió o no en desacato de lo dispuesto por el Juzgado dentro del fallo de tutela del asunto *sub judice*.

2.1.- Del cumplimiento de los fallos de tutela

El H. Consejo de Estado en providencia del 25 de febrero de 2016, con ponencia del Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, frente al objeto del incidente de desacato y atendiendo a las directrices fijadas por la Corte Constitucional señaló:

*“La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política se reglamenta mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: **“Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto”.*

Una vez protegido un derecho fundamental que resultare vulnerado, el juez constitucional debe velar por cumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela, según lo disponen los artículos 27 y 52 del decreto mencionado, para lo cual, debe hacer uso de todas las medidas necesarias para obtener el cumplimiento del fallo, bajo el entendido de que con ello se busca el restablecimiento del derecho fundamental violado.

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

*En reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha expresado que el desacato a las órdenes proferidas dentro del trámite de una solicitud de tutela, **debe ser atribuible a una conducta subjetiva dirigida a incumplir la decisión judicial**, de tal manera que si el incumplimiento obedece a ciertas situaciones no atribuibles de manera subjetiva a aquél que debe cumplir la orden, no será posible sancionarlo por desacato.*

*Por lo anterior, la Corte Constitucional¹ ha señalado, que el objeto del incidente de desacato **no es la imposición de la sanción sino lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela**, de tal manera que de verificarse el cumplimiento durante el trámite del incidente no habrá lugar a la imposición de la sanción pues, se repite, el fin no es la sanción sino el cumplimiento de la decisión judicial.”*

En concordancia con lo anterior, para que proceda la sanción mediante incidente de desacato, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos objetivo y subjetivo, consistentes en el incumplimiento total o parcial del fallo; y la persona responsable de dar acatamiento al mismo. Frente a estos requisitos, el Consejo de Estado ha dicho que:

“el incumplimiento del fallo no necesariamente implica la sanción por desacato, pues el incumplimiento consiste en una conducta que, desde el punto de vista objetivo, es diáfana en establecer que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Y, desde el punto de vista subjetivo, el desacato se presenta cuando quien ha dado lugar a ese incumplimiento y a quien está dirigido el mandato judicial no ha sido diligente en el cumplimiento”.²

Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente “se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho (...)”³

2.2.- Caso en concreto

En relación con el recuento procesal hecho y a las consideraciones presentadas, esta Corporación procede a analizar la providencia objeto de consulta, la cual, por su naturaleza sancionatoria, debe ser estudiada de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales anotados. De esta manera, resulta obligatorio considerar los aspectos objetivo y subjetivo, de tal manera que no sólo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela, sino además verificar la responsabilidad subjetiva. Por lo tanto, se procederá a analizar los requisitos anotados así:

2.2.1.-Aspecto objetivo del desacato

En el estudio de este elemento, es adecuado remitirse a la orden de tutela impartida por el Juez Constitucional con la cual se pretende la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora KIMBERLY DAYANA ENRÍQUEZ ERAZO.

1. Corte Constitucional. Sentencias T-1113 de 28 de octubre de 2005 y T-171 de 18 de marzo de 2009.

2. Ibídem

3. Sentencia T-512 del 30 de junio de 2011, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio; Expediente T-2836952

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

Es notorio para esta Corporación, en el caso objeto de estudio, con los documentos allegados al expediente, que la parte demandada, no ha proporcionado la mayor celeridad en el caso; no se demuestra a la fecha que la usuaria haya podido obtener su consulta con la ESPECIALIDAD DE EPILEPTOLOGIA ordenada por el médico tratante.

La NUEVA E.P.S, para el 25 de junio, allega escrito, con las evidencias anotadas anteriormente, donde se registran actuaciones administrativas insuficientes dentro del proceso. La orden judicial no ha sido acatada cabalmente por parte de la entidad.

Actualmente, no hay cumplimiento efectivo de la orden judicial emanada del Juzgado tutelante; es así como con los elementos allegados tanto en el trámite del desacato como en sede de consulta, se encuentra satisfecho el requisito objetivo.

2.2.2. Aspecto subjetivo

Se advierte por la Sala que la sanción estuvo dirigida a la persona encargada del cumplimiento de la orden judicial, puesto que, en los procesos de responsabilidad subjetiva, como es el caso del desacato, ha de hacerse la individualización del funcionario encargado, para poder ser sancionado.

En el *sub judice*, se trata del señor ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, en calidad de Gerente Zonal Cauca para Nueva E.P.S y así lo hizo el Juzgado cognoscente.

Frente a la conducta esperada del señor ARBEY VARELA RAMÍREZ, encuentra esta Corporación que si bien se han desplegado actuaciones administrativas, las cuales se reconocen porque hacen parte de la debida atención que necesita la accionante, finalmente no se evidencian esfuerzos certeros, por dar cumplimiento total al fallo, toda vez que no se acredita la autorización por parte de la entidad para que la usuaria obtenga su consulta con epileptología según la orden de manejo que prescribe su médico tratante. En ese sentido se ve truncada la eficiente prestación de los servicios a una paciente que requiere de manera urgente la cita, toda vez que su diagnóstico de epilepsia tipo no especificado, deteriora su estado de salud día a día.

Si bien, Nueva E.P.S ha demostrado la realización de algunos trámites en el caso, estos esfuerzos resultan ser incompletos por la insatisfacción íntegra de lo que se ordenó por el Despacho que ha conocido del asunto.

Desde la última atención en la Clínica Rafael Uribe, de Cali, la accionante se ha visto en la necesidad de buscar médicos con especialidad en epileptología, ubicando uno en la Clínica Imbanaco de esa ciudad, pero al exponerle tal situación a su E.P.S, la respuesta es que no tienen contratación con ese centro, por lo que brindan a la accionante sólo atención médica con neurología. Esa situación, deja en evidencia el fraccionado servicio de salud que Nueva E.P.S brinda a la señora Kimberly Enríquez y que en modo alguno atiende las prescripciones del médico tratante.

Pese a que media una providencia de un Juez Constitucional, a favor de la solicitante de amparo, la entidad accionada se empeña en no acatar cumplidamente la orden de otorgarle TRATAMIENTO INTEGRAL para la EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADA, servicios en salud que ha de ser prescrito por el profesional tratante.

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

Ahora bien, en cuanto al reclamo de incumplimiento por no garantizar el transporte de la accionante y un acompañante, jurisprudencialmente respecto a los gastos de transporte, alojamiento, viáticos y los copagos, se ha manifestado que los mismos no pueden ser obstáculos para acceder a los servicios de salud, para quienes no tienen la capacidad económica de asumírselos y en tal sentido en sentencia T-1158 de 2001 declaro:

“La jurisprudencia de esta Corporación, trató el tema relacionado con los gastos que demanda el transporte y la manutención para hacer efectivos los tratamientos médicos, y plantea un desarrollo desde la perspectiva del principio de accesibilidad del afiliado al Sistema General de Seguridad Social, entendido como “la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social”.

En la citada sentencia agregó, que “la accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, siendo posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos donde se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial”.

De igual forma, en la sentencia T-760 de 2008 la Corte sostuvo que en ocasiones los usuarios, para acceder a un servicio de salud, requieren que les sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica, y sostuvo que esta obligación se trasladada a las entidades promotoras de salud, únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Por lo tanto, concluyó la Corte “(...) toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”

Esta Corporación ha indicado en varias oportunidades, los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante este servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar íntimamente relacionado con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección, como los niños en circunstancias de discapacidad”.

La regulación de este servicio se estableció en el Acuerdo 08 de 2009, emanado de la Comisión de Regulación en Salud, el cual está incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

Posteriormente, el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011, define, aclara y actualiza el Plan Obligatorio de Salud, en los artículos 42 y 43; este último establece:

ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Captación respectiva, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.”

En esas circunstancias, la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud, conlleva además de brindarse los tratamientos médicos para proteger la salud de la persona, la de conseguir los medios para la materialización efectiva del servicio.

Ahora bien, en el tema de solicitud de gastos para el transporte hacia otra ciudad, la Nueva E.P.S ha desconocido parámetros jurisprudenciales y normativos como los señalados. Si bien no han demostrado que tengan contratación vigente para esa especialidad en la ciudad de Popayán, tampoco han facilitado la forma para que la accionante pueda recibir oportunamente el servicio médico asistencial que necesita de manera urgente en otra ciudad, de acuerdo con su red externa contratada.

En Sentencia SU-034 de 2018, se señaló que la finalidad del mecanismo del incidente de desacato es el cumplimiento efectivo de la orden judicial y no sólo el ánimo de reprimir, en este caso se advierte que, aunque la parte accionada se ha pronunciado, no demostró acciones eficaces a la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, tutelado por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán a favor de la señora Kimberly Enríquez. Su objetivo ha sido indicar que la sancionada no es pasible de esa consecuencia, pero en momento alguno muestra que ha sido diligentes con atender en su integridad las prescripciones médicas.

No es lo mismo un neurocirujano que un epileptólogo y si su médico tratante dispuso que debía ser valorada por ese profesional, mal haría esta Corporación en sostener que hay acatamiento de la orden judicial, cuando no hay acceso al servicio requerido por falta de contratación.

Retardar el cumplimiento de la orden judicial expedida por Juzgado cognoscente, conlleva a generar un ambiente de incertidumbre en el tratamiento médico de la señora Kimberly Enríquez. No se le ha dado una clara respuesta sobre la autorización para la consulta con ESPECIALISTA EN EPILEPTOLOGIA que requiere.

Atendiendo este caso con carácter de urgencia por la condición de salud demostrada para el caso, NUEVA E.P.S, se ha distraído de su obligación de hacer los máximos esfuerzos posibles por materializar la consulta con especialista en epileptología a que hay lugar. Haber generado ciertos esfuerzos en el procedimiento y respaldar sobre ese hecho su defensa, resulta ser una actuación insuficiente, toda vez que la entidad tiene un deber legal de velar por el tratamiento integral de las personas afiliadas.

Expediente: 19001333300120170018102
Actor: KIMBERLY DAYANA ENRIQUEZ ERAZO
Accionado: NUEVA E.P.S POPAYAN
Medio de control: CONSULTA – SEGUNDA INSTANCIA

La NUEVA E.P.S, en cabeza de su responsable, debe atender la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de sus afiliados, por lo que anteponer trabas en temas de contratación para expedir las autorizaciones que requieren sus usuarios, genera afectación directa a su estado de salud, en la medida que se ve retrasada la continuidad del tratamiento médico que lleva la paciente.

El señor ARBEY ANDRÉS VARELA RAMÍREZ, pudiendo adelantar las gestiones pertinentes para dar cumplimiento al fallo de tutela, no lo hizo. Es evidente que la accionada, a través de su responsable, no ha asumido un papel diligente en el trámite de generar la autorización para agendar la consulta con especialista de la actora.

Así, con los elementos aquí reseñados también se encuentra probado el elemento subjetivo, como en su oportunidad lo avizó el Juzgado de Conocimiento; no hay justificación al incumplimiento y por ello hay lugar a confirmar la sanción, advirtiéndose que la suma impuesta, es proporcionada.

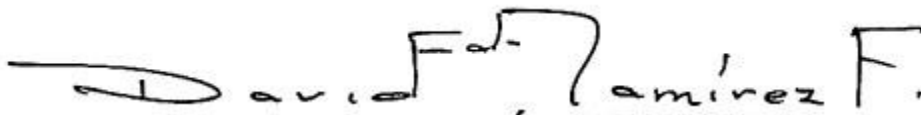
Por lo anterior, se DISPONE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el Auto Interlocutorio No. 683 de 17 de junio de 2020 proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, por lo expuesto.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** a los interesados en los términos establecidos en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y efectuado lo anterior, devuélvase de manera inmediata el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ