



Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Acción	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-001-2019-00084-02
Accionante	SHYRLEY PORRAS CONTRERAS
Accionada	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Decide consulta incidente de desacato – Revoca sanción al existir carencia actual del objeto por hecho superado.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta el proveído de fecha cuatro (04) de octubre de dos mil diecinueve 2019¹, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, donde se declara en desacato a los señores Ángela María Espitia y Humberto Vengoechea en sus calidades de Gerente Zonal Bolívar de Nueva EPS y Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, respectivamente; además, se impuso a estos sujetos una sanción de 4 SMLMV, como consecuencia del incumplimiento de la sentencia de tutela de fecha (3) de julio de dos mil diecinueve (2019)², dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

II.- ANTECEDENTES

Mediante fallo de tutela de fecha tres (03) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferido por esta Corporación, se decide amparar de los derechos fundamentales invocados en la tutela así:

“PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha (08) de mayo de 2019, el cual quedará de la siguiente forma:

TERCERO: AMPARAR los derechos fundamentales s la salud, vida y vida digna; del señor Álvaro Ismael Porto, y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Nueva EPS autorizar el servicio de enfermería por el termino de 12 horas diarias, hasta nueva orden. “

¹ Fols. 97 - 100 Cdno 1.

² Fols. 5 - 26 Cdno 1.



13-001-33-33-001-2019-00084-02

En escrito del 05 de septiembre de 2019³ el apoderado de la accionante solicitó que se iniciaría incidente de Desacato contra la Nueva EPS debido a que no cumplió el fallo arriba referenciado.

Mediante auto del 19 de septiembre de 2019⁴ el Juzgado Primero Administrativo requirió a la Gerente de Zonal Bolívar de la Nueva EPS, Ángela María Espitia Romero; para que en un término de 48 horas diera cumplimiento a la sentencia del 3 de julio de esta anualidad. También requirió a Humberto Vengoechea en calidad de superior jerárquico de esta última, para que adopte las medidas necesarias para que se dé cumplimiento al fallo y abra el correspondiente proceso disciplinario.

El Juez Primero Administrativo de Cartagena, admitió del el incidente de desacato en providencia del 23 de septiembre de 2019⁵; donde se ordenó correr traslado por 3 días a la parte accionada para que conteste y pidiera las pruebas que consideraba necesarias.

2.2.- Contestación de Nueva EPS.

Por medio de correo electrónico del (24) de septiembre de esta anualidad⁶, presentado ante el juez de primera instancia, la accionada contesta los requerimientos efectuados y rinde informe manifestando que:

El señor Álvaro Ismael Porto se encuentra afiliado a esta entidad en calidad de cotizante tipo C con un IBC de \$7.117.123 pesos, suma que es superior a los 8 salarios mínimos; por lo tanto, el usuario tiene capacidad económica para asumir el servicio de cuidador.

Indica la Entidad Promotora de Salud que de acuerdo con los postulados de la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016 y la Resolución 5929 del mismo día para acceder al servicio de cuidador primario el afiliado debe tener un IBC inferior a los 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este sentido, el señor Álvaro Porto no reúne los requisitos exigidos para que garantizar este servicio, pues su IBC excede los 8 salarios mínimos.

Teniendo en cuenta que en el caso de marras, el solicitante posee capacidad económica para sufragar el servicio de cuidador, resultaría contrario al interés público otorgar este beneficio, la Nueva EPS solicita que se abstenga de

³ Fols. 1 – 4 cdno 1.

⁴ Fols. 28 – 29 cdno 1.

⁵ Fol. 33 cdno 1.

⁶ Fols. 37 - 44 cdno 1.





13-001-33-33-001-2019-00084-02

sancionar por Desacato y en consecuencia se ordene cerrar y archivar el mismo.

Posteriormente, es escrito del 30 de septiembre de 2019⁷ la entidad accionada informa al A- quo que en cumplimiento al fallo judicial se generó las autorizaciones para el Servicio de Cuidador 12 horas para tres meses remitidos al prestador Centro Médico Buenos Aires, las cuales están relacionadas así:

- Autorización de servicios N° 139460302 valida del 01 al 31 de octubre de 2019⁸.
- Autorización de servicios N° 140073658 valida del 01 al 30 de noviembre de 2019⁹.
- Autorización de servicios N° 140073659 valida del 01 al 31 de diciembre de 2019¹⁰.

Con las anteriores órdenes de servicio la Nueva EPS acredita el cumplimiento del fallo de tutela del 3 de julio del presente año. Por lo tanto, solicita el que abstenga de sancionar por Desacato por carencia del objeto, toda vez que la Nueva EPS no ha vulnerado derecho fundamental alguno y en su lugar, se ordene el cierre y archivo del incidente de desacato.

III.- PROVIDENCIA CONSULTADA

El A-quo decidió definitivamente el incidente de desacato a través de la providencia del cuatro (04) de octubre de 2019¹¹, en la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR en desacato a los señores ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO Y A HUMBERTO VENGOECHEA en sus calidades de Gerente Zonal Bolívar y Gerente Regional Norte, respectivamente, de la Nueva EPS, por haber incumplido la Sentencia del 3 julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO: IMPONER a los funcionarios identificados en el numeral anterior, una multa equivalente a cuatro (04) SMLMV, a favor de la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura. El valor de la multa debe ser consignado en la cuneta No. 3-0070-000030-4 del Banco Agrario de Colombia S.A.

TERCERO: REQUERIR a los funcionarios identificados en el numeral primero del presente auto para que dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de esta providencia, cumpla lo dispuesto en la sentencia del 3 de julio de 2019 proferida por el tribunal Administrativo de Bolívar.(...)”

⁷ Fols. 73 – 78 cdno 1.

⁸ Fol. 76 cdno 1.

⁹ Fol. 77 cdno 1.

¹⁰ Fol. 78 cdno 1.

¹¹ Fols. 97 - 100 Cdno 1.





13-001-33-33-001-2019-00084-02

La juez Primero Administrativa expone como argumento principal que, dentro del informe rendido por la entidad accionada el 30 de septiembre (fols.73 – 78 cdno1) se evidencia que se expidieron unas pre-autorización de servicio para **cuidador de 12 Horas**, lo cual no se ajusta a la orden emitida en sentencia del 3 de julio, porque aquí se ordenó a la EPS autorizar el servicio de enfermería.

Esto en razón a que, los servicios de enfermería difieren de los de cuidadores, debido a que en el primero se exigen la prestación de un servicio por parte de un profesional cuyos conocimientos resultan calificados e imprescindible para la realización de unos determinados procedimientos.

Por lo anterior, para el A-quo la actuación desplegada por la Nueva EPS no satisface la orden contenida en la sentencia y en consecuencia, la entidad accionada no ha dado cumplimiento a la orden impartida por el Tribunal Administrativo.

IV.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por reparto realizado el 10 de octubre¹² del año en curso, le correspondió a este Despacho el conocimiento de este asunto, el que fue recibido en la secretaria de este Tribunal el 11 de octubre de 2019 a las cuatro y cuarenta y cinco (04:45 pm) de la tarde, por lo que solo pudo ingresar al despacho el quince (15) de octubre a las 10:42 a.m.

Mediante memorial presentado por la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. El día 11 de octubre de 2019¹³ se solicita la revocatoria de la sanción de multa impuesta en providencia del 4 de octubre, esgrimiendo como argumentos que en se está dando cumplimiento al fallo de 3 de julio de 2019, porque ya se inició con la prestación del servicio a través de la IPS Centro Medico Buenos Aires desde el día 01 de octubre de 2019.

Además, a manera de aclaración manifiesta que la "pre- autorización" es propiamente una autorización de servicios, sino que, administrativamente se genera esa dicha "pre- Autorización" hasta que la IPS inicia la prestación del servicio, pues es ahí cuando se libera la autorización.

Igualmente, se indicó que la IPS prestadora asigna como ENFERMERA-CIUDADOR a un profesional de la salud (enfermera), la denominación se hace

¹² Fol. 3 cdno 2

¹³ Fols. 4- 7 cdno 2.





13-001-33-33-001-2019-00084-02

generalizada debido a que se está suministrando cuidados de enfermería al paciente y al mismo tiempo se le brindan cuidados básicos.

Como anexos al anterior escrito se aportó certificación¹⁴ expedida por el Centro Médico Buenos Aires, donde consta que se empezó la prestación del servicio de cuidador 12 horas al señor Álvaro Porto Rodríguez, desde el día 01 de octubre de 2019.

V.-CONSIDERACIONES

5.1.- 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, dispone que las sanciones impuestas por el juez de tutela mediante el trámite incidental de desacato, serán consultadas ante el superior jerárquico, quien decidirá dentro de los de tres (3) días siguientes, si aquella debe revocarse o, en su defecto, confirmarse.

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Primero 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.

5.2. Problema Jurídico

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

¿Se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto a la sanción impuesta por el A-quo a la Dra. Ángela María Espitia Romero, Gerente Zonal y a Humberto Vengoechea, Gerente Regional Norte, por incumplimiento de fallo de tutela del 03 de julio del 2019, al haberse comenzado con la prestación del servicio de cuidador 12 horas al señor Álvaro Porto Rodríguez?

Para llegar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Generalidades del incidente de desacato en acciones de tutela; (ii) Carencia actual del objeto por hecho superado, (iii) Conclusión (iv) Caso concreto.

¹⁴ Fols. 8 –cdno 2.



5.3.- 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 Constitucional¹⁵, 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 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 Constitucional¹⁶.

"(...) 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".

5.5. Carencia actual del objeto por hecho superado

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la carencia actual del objeto se configura cuando "frente a la petición de amparo, la orden del juez

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 271 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-367 de 2014, Mauricio Gonzales Cuervo.



13-001-33-33-001-2019-00084-02

de tutela no tendría efecto alguno o "caería en el vacío"¹⁷. Por regla general, esta figura procesal se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.

El hecho superado ocurre cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y la emisión del fallo, la petición que motivó la acción ha sido satisfecha y, por tanto, ha cesado la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte accionante, ya sea porque el accionado ha realizado la acción o abstención que se ha solicitado. Todo esto conlleva a que la intervención del juez constitucional resulte a todas luces inocua.

Bajo este supuesto, no es perentorio que se incluya dentro del fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales que se alega, salvo "si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, ya sea para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera". De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.¹⁸

Respecto a la configuración de la carencia del objeto por hecho superado, jurisprudencialmente se han establecidos unos criterios que deben observarse para determinar si se está o no en presencia de dicha figura, los cuales son: (i) Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa, (ii) Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado y (iii) lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado."¹⁹

5.6 Caso concreto

Estando el presente asunto para ser resuelto, este Despacho pasa a analizar el informe presentado por la accionada ante la Secretaría de este Tribunal, el 11

¹⁷ Sentencia T-085 de 2018; Sentencia T-038 de 2019.

¹⁸ Sentencia T-085 de 2018, Corte Constitucional (M. P. Luis Guerrero Pérez)

¹⁹ Sentencia T-045 de 2008, corte constitucional (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).



13-001-33-33-001-2019-00084-02

de octubre de 2019, donde se solicita la revocatoria de la sanción impuesta la Gerente Zonal Dra. Ángela Espitia y al Gerente Regional Humberto Vengoechea.

En el escrito aportado, la Nueva EPS indica que en cumplimiento al fallo de tutela emitido por esta Corporación el 03 de julio de 2019, se emitieron las órdenes de servicio, con la finalidad de prestar el servicio de Cuidador por 12 horas al señor Álvaro Porto Rodríguez, por lo tanto anexó nuevamente las órdenes relacionadas de esta manera:

- Autorización de servicios N° 139460302 valida del 01 al 31 de octubre de 2019²⁰.
- Autorización de servicios N° 140073658 valida del 01 al 30 de noviembre de 2019²¹.
- Autorización de servicios N° 140073659 valida del 01 al 31 de diciembre de 2019²²

Respecto de estas órdenes, se hace la precisión que, aunque en el contenido de las mismas, se titulan como Pre- Autorización de servicio, este término obedece a un trámite meramente administrativo y las mismas son propiamente una autorización.

De igual forma, la entidad accionada manifiesta que se inició desde el día 01 de octubre de 2019 con la prestación del servicio de cuidador por 12 horas al señor Álvaro Porto Rodríguez, a través de la IPS Centro Medico Buenos Aires, entidad que hace parte de la red de servicios de la Nueva EPS.

Además, se aclaró que el término *Cuidador* utilizado dentro de las ordenes de servicio, corresponde a un personal de la salud (enfermera), cuya denominación se hace generalizada porque este personal brinda servicios de enfermería y adicionalmente servicios de cuidados básicos, es decir, el término cuidador se equipara a un enfermero. En este sentido, a los pacientes que requieren este tipo de atención se les asigna es un enfermero(a) y no un cuidador.

Para efectos de probar que se había iniciado con la prestación del servicio, se aportó certificación²³ expedida por GISELA BRAVO GONZALEZ, en calidad de jefe Homecare del centro Médico Buenos Aires, donde se hace constar que el

²⁰ Fol. 9 cdno 2.

²¹ Fol. 10 cdno 2.

²² Fol. 11 cdno 2.

²³ Fol. 8 cdno 2.



13-001-33-33-001-2019-00084-02

servicio se viene prestando al señor Porto Rodríguez desde el 01 de octubre de 2019.

Con la finalidad de verificar que se está cumpliendo con el fallo de tutela del 03 de julio proferido por esta Corporación, se contactó vía telefónica con el apoderado judicial de la accionante, Dr. Alfonso Lentino Rodelo²⁴, quien manifiesta que efectivamente su prohijado está recibiendo los servicios de enfermería por 12 horas diarias. Asimismo, este Despacho se comunicó con la señora Shirley Porras Contreras²⁵ representante del señor Porto Rodríguez, quien manifestó estar recibiendo los servicios de enfermería, por una auxiliar de enfermería adscrita al centro Médico Buenos Aires como IPS prestadora de la Nueva EPS.

Debe precisarse que de la comunicación efectuada con la parte accionante en este asunto, se indicó tanto por el abogado como la misma actora, que el médico tratante ha ordenado que se el servicio de enfermería debía hacerse o por 24 horas.

Ahora bien, en el fallo de tutela dictado por esta corporación el 03 de julio de 2019, se ordenó a la Nueva EPS autorizar el servicio de enfermería por el término de 12 horas diarias. Al cotejar esta orden con los informes aportados por la entidad accionada y con la comunicación vía telefónica efectuada con la parte accionante, se tiene que efectivamente, al señor Álvaro Porto Rodríguez se le asignó un personal de enfermería por 12 horas diarias; lo que evidencia que se ha dado cumplimiento a la sentencia de tutela.

En este orden de ideas, considerando que la finalidad del desacato es hacer cumplir el fallo de tutela que no se ha hecho efectivo; atendiendo que en el presente asunto, la Nueva EPS dio cumplimiento a la orden dada en sede de tutela, pues autorizó y está prestando el servicio de enfermería requerido por el señor Álvaro Porto Rodríguez, actualmente cesó la vulneración de los derechos invocados en la acción de tutela. Entonces, resulta inocuo imponer una sanción a la entidad accionada.

Bajo estos preceptos, se configuran los supuestos del hecho superado, puesto que ha cesado la vulneración alegada dentro de la acción de tutela, ya que

²⁴ Constancia de comunicación electrónica-Fol. 15 cdno 2.

²⁵ Constancia de comunicación electrónica-Fol. 16 cdno 2.



13-001-33-33-001-2019-00084-02

se acató la orden del juez constitucional; por tal motivo, existe una carencia actual del objeto para imponer una sanción en contra de la Nueva EPS.

Así las cosas, este Despacho revocará el auto de 04 de octubre de 2019, que sancionó a la Dra. Ángela María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS y a Humberto Vengoechea, Gerente Regional de la misma entidad, para en su lugar declarar la carencia de objeto por hecho superado.

5.7 Conclusión

Por todo lo expuesto, esta Magistratura concluye que, la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, toda vez que, la entidad ejecutó la orden dada por esta Corporación en la sentencia de tutela, al brindarle el servicio de enfermería por 12 horas diarias al señor Porto Rodríguez. En este sentido, resulta inocua la imposición de una sanción por incumplimiento, puesto que ha cesado la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la tutela.

Este Despacho procederá a revocar la sanción de multa por 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes impuesta a Ángela María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS y a Humberto Vengoechea, Gerente Regional de la misma entidad.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala unitaria de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sanción impuesta a Ángela María Espitia Romero, en calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS y a Humberto Vengoechea, Gerente Regional de la misma entidad, en providencia del 04 de octubre de 2019, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el sistema de radicación Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado