



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Acción: TUTELA
Accionante: MANUEL GUILLERMO MÉNDEZ VÁSQUEZ.
Accionado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Radicado: 70001-23-33-000-2017-00124-00.
Instancia: PRIMERA

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor **MANUEL GUILLERMO MÉNDEZ VÁSQUEZ**, contra el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO**, por la presunta vulneración a su derecho fundamental a la salud, acceso a la administración de justicia y debido proceso.

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA¹.

El actor formuló acción de tutela en contra del **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

En amparo de sus derechos **PRETENDE, i)** se ordene al Juzgado Primero Administrativo Oral de Circuito, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes de la notificación del fallo proceda a dejar sin efectos la providencia dictada dentro del incidente de desacato promovido en contra la

¹ Folios 1-17.

NUEVA EPS, proferido el diez (10) de febrero de 2017 y **ii)** Se sirva valorar las pruebas aportadas al incidente de desacato de tutela de conformidad con lo regulado en el artículo 170 y ss del C.G.P., y una vez practicadas y valoradas y encontrar en la conducta de la Doctora Irma Cárdenas Gómez, en calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, que es responsable del incumplimiento parcial del fallo aludido, se impongan las sanciones solicitadas en las pretensiones del prenombrado incidente.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, el actor expresó que:

Promovió acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S., la cual se tramitó en el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, profiriendo fallo el 8 de julio de 2016, decisión que fue impugnada por el tutelante.

El Tribunal Administrativo de Sucre-Sala Segunda de Decisión Oral, en fallo fechado de 5 de agosto de 2016, Magistrado Ponente, Doctor Rufo Arturo Carvajal Argoty, adicionó el numeral primero de la parte resolutive del prenombrado fallo, ordenando, a la EPS accionada que gestionara las autorizaciones necesarias a fin de entregar los medicamentos que sean ordenados, para tratar la patología de alergia y de igual forma, proporcionar el tratamiento integral a que haya lugar, con su consecuente procedimiento.

En la decisión de segunda instancia también ordenó el Tribunal que la NUEVA EPS debía autorizar y cubrir los gastos de transportes y alojamiento requeridos, para asistir a la citas médicas en la ciudad de Barranquilla o a cualquier otra, donde deba recibir el servicio médicos especializado de alergología.

En cumplimiento del fallo de tutela la NUEVA E.P.S., venía entregando los Pasajes Sincelejo - Barranquilla y viceversa con la empresa de transporte RAMITRAM, que era la encargada de transportar a los pacientes que tenían citas por fuera de esta de ciudad, como es su caso y esta empresa solo tiene el servicio de puerta a puerta.

Manifiesta que, al cabo de un tiempo la NUEVA E.P.S., suspendió la entrega de los pasajes en el transporte aludido y los autorizó en expreso la MACARENA, por intermedio de expreso BRASILIA, siendo este último

transporte demasiado frío y debido a esto no podía viajar, precisamente por causa de su patología, situación que conllevó a que en varias ocasiones se viera obligado a sufragar con recursos propios el traslado de Sincelejo a Barranquilla y viceversa, para no interrumpir el tratamiento con el médico alergólogo.

A raíz de lo anterior, radicó en el Juzgado incidente de desacato, para que se tomaran por parte de ese Juzgado las medidas que garantizaran el cumplimiento del fallo proferido en segunda instancia y de ser pertinente se apliquen las sanciones de ley por desacato ante el incumplimiento parcial, en contra de Director Seccional Sucre y el representante legal de la NUEVA E.P.S.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito De Sincelejo, decidió por auto de fecha diez (10) de febrero de 2017, dar por terminado el incidente de desacato.

Expone que no está de acuerdo con la decisión adoptada, ya que a lo largo de todo el trámite del incidente de desacato, el apoderado judicial de la NUEVA E.P.S., en sus contestaciones ha venido sosteniendo la misma teoría según la cual esa EPS ha hecho todo lo posible para el cumplimiento cabal del fallo y que de hecho ha cumplido por que se le pagó un reembolso por concepto de gastos de traslados para acudir a consulta de alergología y tiene tres pendientes por pagar.

Afirmó que, dentro todo el trámite del incidente, se aportaron las pruebas del incumplimiento parcial del fallo y con las aseveraciones del apoderado del pago de los reembolsos por parte de la NUEVA E.P.S., se está dando la razón manifestando abiertamente el incumplimiento parcial del prenombrado fallo y para poder asistir a sus citas con alergología ha tenido que sufragar los costos que implica el traslado de Sincelejo – Barranquilla y viceversa, razón por la cual solicitó los diferentes reembolsos.

Que es totalmente falso que la EPS viene garantizando los servicios de salud, de acuerdo a las prescripciones de su médico tratante y en garantía de la integralidad en salud porque a sabiendas de la recomendación de su médico tratante "EVITAR EXPOSICION PERMANENTE AL FRIO, REALIZAR CAMBIOS DE TEMPERATURA PAULATINAMENTE", le ordenan los pasajes en los buses

ordinarios donde el frío es bastante excesivo y en el plenario del incidente aportó la mencionada recomendación, siendo desatendida la misma por el operador jurídico.

Por último indicó que, el catorce (14) de marzo de este año, tenía cita de control y por motivos económicos tuvo que cancelarla y hasta la fecha de la presentación de la acción constitucional no ha podido reiniciar con su tratamiento.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el 10 de mayo de 2017 (folios 17 y 38), por reparto correspondió al Tribunal Administrativo de Sucre. Conforme nota Secretarial, se le puso en conocimiento de la misma al despacho conductor el 10 de mayo de 2017 (folio 39).

Mediante auto del 10 de mayo de 2017 se admitió la acción, ordenándose la notificación al despacho judicial accionado, y concediéndole el término de (2) días para que se pronunciara frente a lo expuesto. Así mismo, se ordenó vincular a la NUEVA EPS, en calidad de tercero (folio 40). Las notificaciones fueron enviadas por correo electrónico y correo tradicional el 10 de mayo de 2017 (folios 41 a 46).

1.2.1. INFORME RENDIDO POR EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO (folio 47-48).

El Juzgado accionado en su informe a este Tribunal expresó que, la jurisprudencia constitucional en la temática de la acción de tutela contra providencias judiciales, ha señalado, que para su procedencia es menester se cumpla con ciertos requisitos generales de procedencia, y requisitos específicos de procedibilidad, para lo cual citó los estudiados en la Sentencia T- 271 de 2015.

Luego pasó a explicar que los parámetros señalados en la mencionada sentencia, se traducen en herramientas jurídicas de interpretación al momento de ser estudiada la procedencia y concesión del amparo de tutela, superándose la práctica erigida en la institucionalización de la vía de hecho.

Que aterrizando lo manifestado a la problemática advertida por el solicitante, se considera que de superarse el juicio de procedencia de la acción, los presupuestos por los cuales la parte accionante alega la vulneración de sus derechos bajo un marco sumamente genérico de apropiación, no tienen cabida, cuando la decisión adoptada por ese Despacho, se ajusta a las prescripciones dispuestas por el ordenamiento jurídico, reiterando lo consignado en el proveído del que se pide dejar sin efectos, a través de este medio de control concreto de constitucionalidad.

Aduce que, al observar las consideraciones determinadas en el auto del cual se pide dejar sin efectos, esto es, el que dio por terminado el incidente de desacato, se detenta la ausencia de presupuesto alguno que dé cabida a la procedencia de la solicitud de amparo, cuando la misma se soporta en criterios de razonabilidad para con el caso en concreto y la problemática prevista en tal oportunidad, donde se asume la negativa de imposición por sanción por desacato ante la ausencia de elementos subjetivos y objetivos de responsabilidad que permitieran proceder en tal sentido, y donde se prevé por parte del accionante es la intención, de resolución y asunción de una problemática ajena a la contentiva en la acción de tutela soporte del trámite incidental, situación sumamente improcedente, en los extremos que son solicitados.

Igualmente señaló que no eran de recibo las afirmaciones de la parte actora con respecto al vencimiento de términos para emitir la decisión de fondo sobre el trámite incidental, cuando del expediente se prevé que las actuaciones desarrolladas se enmarcaron en términos prudentes y razonables, sin que logre atribuirse el por qué y el para que de tal apreciación, la cual no tiene una relación concreta y específica con las apreciaciones contentivas del objeto del amparo solicitado, por lo que solicita no se acceda a la pretensión de tutela.

1.2.2. INFORME RENDIDO POR LA NUEVA EPS (folio 50 a 56)

La NUEVA EPS, entidad que funge como vinculada en calidad de tercero interesado, presenta informe por fuera de los términos otorgados por este despacho conductor en auto de fecha 10 de mayo de 2017 (folio 40), oponiéndose a las pretensiones de la acción de tutela, agregando que la NUEVA EPS ha garantizado todos los servicios en salud requeridos por el

paciente, con calidad, oportunamente y en los términos señalados por su médico tratante.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción al tenor del artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, debe el Tribunal establecer en el caso concreto *¿Procede la Acción de tutela contra providencias judiciales, en los casos donde presuntamente se considera que, las decisiones adoptadas por el operador judicial adolecen de defecto fáctico por la omisión en la valoración de unas pruebas aportadas por el accionante?*

De ser positivo el anterior interrogante, se cuestiona la Sala *¿vulneró la autoridad judicial demandada los derechos fundamentales invocados, con la decisión adoptada en el trascurso de un trámite incidental de desacato, que finalizó con el cierre del incidente sin sanciones a imponer?*

2.2.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos 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 previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *"en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable².

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria³ y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁵

² Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁵ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

"El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...)

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica. (...)

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar 'una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales', razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo."

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, corresponde al juez

constitucional determinar su procedencia, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

2.2.2. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene origen en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Más adelante, mediante sentencias de tutela de la misma Corte, se permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial que se adoptó en realidad, envuelve una vía de hecho, entendida esta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Igualmente, al interior del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha planteado el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales, existiendo al interior de la mencionada Corporación decisiones no uniformes sobre el tema, siendo cerrado dicho debate con la sentencia de la Sala Plena, en donde la Alta Corporación concluyó:

*"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."*⁶

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 31 de julio de 2012. CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO.

No obstante, precisa esta Sala que si bien se admite la procedencia bajo unos requisitos claramente determinados, ello es claramente excepcional, en tanto que las decisiones judiciales comportan la materialización de la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso, por lo que no puede permitirse el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada; esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Así las cosas, la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional ha evolucionado y bajo el nombre de causales de procedibilidad, ha rediseñado el ámbito de competencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siendo pues la acción en estudio procedente en contra de decisiones de los jueces si cumple los siguientes requisitos: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de una sentencia de tutela⁷.

Adicionalmente, si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, este, para poder revocar la decisión del juez natural, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo⁸: a) Defecto

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-590 de 2005.

⁸ a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez

orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, **c) Defecto fáctico**, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

Respecto al tema puntual de los defectos facticos por una omisión o indebida valoración de una prueba, la H Corte Constitucional lo ha definido como:

"4. El defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado, desde sus inicios, que el defecto fáctico tiene lugar "cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado..."[13]. Y ha sostenido de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que "el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia..."[14].

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa[15] u omite su valoración[16] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[17]. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[18]. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.[19]

*La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado las distintas modalidades que puede asumir el defecto fáctico: **(i) Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio (iii) Defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica [20]. En la sentencia T-902 de 2005 se hizo un amplio estudio de dichas categorías que a continuación se resume.***

a. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.

actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) *Defecto material o sustantivo*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la Constitución*: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Esta hipótesis acaece cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

En diversas providencias se ha precisado el alcance de esta modalidad de defecto fáctico. Así en la sentencia SU-132 de 2002, la Sala Plena sostuvo:

"La negativa a la práctica o valoración de un medio probatorio por un juez dentro del proceso que dirige, puede estar sustentada en la ineficacia de ese medio para cumplir con la finalidad de demostrar los hechos en que se soporta una determinada pretensión, toda vez que constituye un derecho para todas las personas presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra. La Corte se pronunció en este sentido en la Sentencia T-393 de 1994 y manifestó que "...la negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (Arts. 178 C. P. C. y 250 C. P. P.); pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso".

b. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

Entre las decisiones en la cual se constató esta modalidad de defecto fáctico se cuenta la sentencia T-814 de 1999. En esta oportunidad fue resuelto un caso en el cual los jueces de lo contencioso administrativo no advirtieron ni valoraron, para efectos de resolver una acción de cumplimiento impetrada contra la Alcaldía de Cali, el material probatorio debidamente allegado al proceso. Esta situación a juicio de la sala de revisión, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico. Sobre el punto se sostuvo:

Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal dijo que las pruebas arrojadas al proceso de la acción de cumplimiento "no tienen influencia alguna en esta decisión" y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

... La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

...Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada."

c. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, como en el caso de la sentencia T-450 de 2001, en el que un juez de familia en un proceso de aumento de cuota alimentaria, en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro, decidió aumentarle la cuota alimentaria al demandado. Textualmente se consigna:

"En el proceso que ahora es objeto de revisión, no se aprecian las pruebas y razones que justifiquen la decisión tomada por el Juez 15 de Familia de Bogotá, pues aunque la materia sobre la que versa el proceso –aumento de cuota alimentaria– compromete principios centrales dentro de la organización social (v.gr. la protección del menor, la vigencia del principio de solidaridad, el valor de la justicia y la equidad), que, en principio, alentarían una postura activa por parte del juez competente con el propósito de proteger integralmente los derechos de un menor, su acción no puede estar absolutamente desligada de las pruebas allegadas o decretadas dentro del proceso –en esta oportunidad, las presentadas por la madre– Así, todo reconocimiento superior a las sumas probadas dentro del proceso, e incluso a los derechos alegados, debe estar plenamente sustentada, so pena de convertir a la decisión judicial en un acto arbitrario que tiene un grave vicio fáctico y lesiona los derechos de la parte vencida en el juicio –en este caso el señor Apóstol Espitia Beltrán–.

"En el expediente no existen pruebas o indicios que avalen la posibilidad de aumentar la cuota alimentaria de la manera como lo hizo el juez competente, y si bien tras su determinación existe una clara intención encaminada a proteger los derechos de la niña, reprochando a su vez la indisposición que demostró el padre durante el trámite del proceso, estas no son razones suficientes para justificar la decisión, pues aquí también está en juego el respeto al debido proceso que se predica de toda actuación judicial. Por eso, tiene razón el juez de instancia a quien le correspondió conocer de la tutela, cuando afirma que: "a pesar de que se adopte la tesis que el juez en algunas materias de familia puede fallar más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, lo que si no puede hacer es más allá o por fuera de lo probado, ya que en tal caso la decisión sólo responde a su propio arbitrio, contradiciendo el deber de motivación o fundamentación de la providencia, lo cual vulnera ostensiblemente el debido proceso". Por estas razones el fallo de instancia será confirmado."

Del anterior recuento jurisprudencial se tiene que el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico

claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso”⁹

2.2.3. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES DICTADAS EN EL MARCO DE UN TRÁMITE INCIDENTAL POR DESACATO.

Ha sido clara la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, en torno a solicitudes de amparo en contra de las providencias proferidas en el curso de un incidente de desacato, como aquella que resuelve el incidente, señalando que procede la acción de tutela excepcionalmente, siempre que logre verificarse la existencia de una vía de hecho y el estudio de una acción de tutela deberá limitarse, en todo caso, a la conducta desplegada por el juez durante el incidente mismo, sin consideración alguna del fallo que le sirve de trasfondo. Lo contrario sería revivir un asunto debatido que hizo tránsito a cosa juzgada.

Pese a lo anterior, mediante sentencia SU – 627 de 2015, la H. Corte Constitucional definió los casos en los que resultaría procedente la acción de tutela para amparar la presunta vulneración de derechos fundamentales en el marco de otra acción de tutela, de la siguiente manera:

“4.6. Unificación jurisprudencial respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y contra actuaciones de los jueces de tutela anteriores o posteriores a la sentencia.

4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-1108 de 2008. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Reiteración jurisprudencial. Sentencia del 11 de abril de 2016. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

4.6.3. Si la acción de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.

4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.

4.6.3.2. **Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional.**” (Negrillas de la Sala).

En otro de sus pronunciamientos señaló esa H. Corporación:

“Se tiene que según la jurisprudencia de este Tribunal, la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente de manera excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales para su procedibilidad y se configure alguna de las causales específicas definidas por esta Corporación. Asimismo, que la acción de tutela no procede para atacar las decisiones que se pronuncian sobre las solicitudes de desacato o de cumplimiento de un fallo de tutela, ni aquellas providencias judiciales que se abstienen de tramitarlos, salvo que las mismas incurran en uno o en varios de los defectos previstos por la jurisprudencia constitucional en materia de tutela contra providencias judiciales. En todo caso, el juez de tutela que decida sobre la procedencia y prosperidad de la acción contra decisiones proferidas durante el trámite del incidente de desacato o de la solicitud de cumplimiento de un fallo de tutela, no podrá reabrir el debate constitucional dado con ocasión de la acción de tutela cuyo desacato o cumplimiento se solicita, por cuanto su análisis se encuentra limitado a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante como consecuencia de las decisiones proferidas durante el trámite de cumplimiento o de desacato en comento” (Destacado de la Sala)

En un caso análogo al que nos ocupa, el H. Consejo de Estado, señaló respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas en un trámite incidental por desacato, lo siguiente:

“Al respecto, se advierte que de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, es improcedente estudiar providencias que se profieran dentro de trámites de tutela o incidentes de desacato, pues ello constituye un requisito general que debe superarse.

(...)

En el presente caso, el señor Álvaro Eduardo León Figueroa solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a la administración de justicia que considera vulnerados porque la autoridad demandada no sancionó por desacato al Tribunal Administrativo de Antioquia por el presunto incumplimiento del fallo de tutela del 8 de abril de 2015.

El actor insistió que se configuró defecto fáctico por indebida valoración probatoria dentro del proceso ordinario y que su hoja de vida contaba con los elementos suficientes para que se ordenara su reintegro al INPEC.

Ahora bien, la Sala observa que la providencia atacada por esta vía, auto del 8 de septiembre de 2015, fue proferida dentro de un trámite de incidente de desacato, y, además el actor alegó los mismos argumentos de la acción de tutela radicada con el No. 2015-00532-00.

La Corte Constitucional destacó dentro de las causales genéricas de procedibilidad que la providencia atacada no haya resuelto una acción de tutela, al respecto ha indicado que «no procede la acción de tutela encaminada a infirmar las decisiones adoptadas en una acción similar. (...)» Esa improcedencia busca «i) hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales confiada por la Carta Política a todos los jueces y ii) garantizar el acceso efectivo a la justicia, toda vez que cierra la posibilidad de que el cumplimiento de las órdenes de tutela se dilaten de manera indefinida, en cuanto garantiza a quien reclama sobre la protección constitucional que el asunto de la vulneración de sus derechos fundamentales será resuelto de una vez» .

En consecuencia, la interposición de esta nueva acción de tutela vulnera los principios de economía, celeridad y eficacia que la rigen, pues hace que la inicial controversia planteada sea improcedentemente analizada por varios jueces, lo que impide una decisión judicial definitiva respecto de los derechos cuya protección se solicita, razón por la cual no resulta aplicable alguna de las causales señaladas en la sentencia SU-627 de 2015.

Así las cosas, no es posible prolongar de manera indefinida los debates judiciales ya concluidos en sede de tutela, pues, a pesar de que el procedimiento es breve, las partes gozan de todas las prerrogativas propias de cualquier proceso judicial.

Por lo expuesto, la Sala negará por improcedente la acción de tutela ejercida por el señor Álvaro Eduardo León Figueroa contra la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado¹⁰

2.2.3. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso en estudio, lo pretendido en este trámite de tutela, es la protección a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, los cuales el actor considera le fueron vulnerados por el Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el día 10 de febrero de 2017, al ordenar dar por terminado el trámite incidental de desacato, iniciado con ocasión del supuesto incumplimiento de la sentencia de tutela de radicado No. **70001-33-33-001-2016-00132-00.**

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Sentencia del 1º de junio de 2016.

- **DEL ESTUDIO DE PROCEDIBILIDAD.**

Conforme lo indicado en líneas precedentes, entratándose de tutelas contra providencias judiciales, el primer punto a abordar son los requisitos de procedibilidad frente al caso planteado por la parte accionante, por lo que, se abordarán los mismos de forma escalonada, y si de dicho análisis se encuentra la no superación de uno de ellos, se hace innecesario el estudio de los restantes, declarando improcedente la acción.

a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Sala, en el presente caso se supera este requisito, dado que de acuerdo a lo expuesto por la parte actora se pretende definir si en la decisión tomada por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, que ordenó el cierre del incidente de desacato sin sanción, puede comportar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia.

Al respecto, el debido proceso posee varias dimensiones, es decir, es una realidad jurídica compleja. Es un derecho fundamental, es un derecho de garantía reforzada, de textura abierta en condición de principio, por lo que de él puede pregonarse que posee un contenido esencial, es decir, un núcleo intangible e innegociable a los vaivenes del legislador, que debe ser respetado por todas las autoridades del Estado y cuya vulneración hace procedente su protección a través de los medios sumarios e idóneos correspondientes, como la acción de tutela.

Para hallar ese núcleo intangible del derecho fundamental al debido proceso, es importante partir de las normas mismas que lo consagran y desarrollan como derecho fundamental y garantía judicial¹¹.

¹¹ Sobre este punto, se tomarán esencialmente el artículo 29 de la C.P. y los 228 y 229 *ídem*. Dichas normas son transcritas para su mejor entendimiento:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de

De las normas transcritas en el anterior pie de página, infiere la Sala que la jurisprudencia ha sostenido que este derecho está previsto en el ordenamiento jurídico con el objeto de obtener una protección de los derechos fundamentales de los sujetos procesales frente a las autoridades judiciales y las partes.

Así las cosas, las normas procesales disponen de manera concreta las oportunidades de intervención de las partes, en particular lo relacionado con la contestación de la demanda, lo que constituye el acto procesal con que la parte demandada ejerce el derecho de defensa, así como la oposición a las pretensiones de la parte demandante, de modo que el ejercicio de tal prerrogativa hace parte del contenido esencial del derecho al debido proceso/derecho de defensa, así como al acceso a la administración de justicia, razones suficientes para tener por superado este requisito y pase al análisis del siguiente.

b) Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada.

En tratándose de autos dictados en el trámite del incidente de desacato, puntualmente las providencias en donde se culmina la actuación con o sin sanción, el procedimiento enmarcado en el Decreto 2591 de 1991, no contempló recurso alguno, salvo el grado de jurisdicción de la consulta que procede exclusivamente cuando se impone la sanción, no obstante la H. Corte Constitucional¹² ha dicho al respecto, que, el legislador definió claramente los derechos de los sujetos procesales, sin que sea menester

oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

"ARTÍCULO 228.

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

"ARTÍCULO 229.

Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

¹² Sentencia T-553 de 2002. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

acudir a las reglas del procedimiento civil para definir los alcances de esta norma. Cuando el texto de una norma es claro, debe interpretarse en su sentido natural y obvio, sin desvirtuarlo mediante la comparación con principios o normas jurídicas que no son los especiales frente a la situación jurídica regulada en concreto.

En el caso del auto que decide el incidente de desacato imponiendo una sanción será consultado, sin consagrar el recurso de apelación para ninguna de las partes ni cuando el incidente concluye en que no hay sanción, ni cuando concluye imponiéndola.

Ahora bien, en la citada providencia, la máxima autoridad en materia constitucional, se cuestionó, si, *¿Debe de aquí deducirse que por aplicación del artículo 4° del Decreto 306 de 1992 y subsiguientemente de los artículos 138 y 351 del C. de PC, el auto que decide este incidente es susceptible del recurso de apelación, tanto si impone la sanción como si no la impone?*

Respondiendo el planteamiento de manera negativa, aduciendo, que dicho auto no es susceptible de recurso alguno, y que ante el vacío normativo, tampoco le es dable al operador judicial aplicar las normas del procedimiento civil, esto, tomando en cuenta las siguientes apreciaciones:

- Porque el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 es la norma especial que regula la materia, y dicha norma consagra un incidente especial, cual es el de desacato dentro del trámite de la acción de tutela; en cambio, los artículos 138 y 151 del C. de P.C. que establecen cuándo y en qué efecto procede la apelación del auto que decide un incidente en el proceso civil, son normas específicas frente al caso que regula la norma demandada.
- Porque el legislador al guardar silencio sobre el otorgamiento del recurso de apelación al auto que decide el incidente de desacato, implícitamente no lo está consagrandolo. Es decir, intencionalmente la norma guarda silencio para así no consagrar el recurso; esto por cuanto el principio general del procedimiento civil es exactamente ese; que sólo las providencias que expresamente se señalan por la ley como apelables, lo son. Por lo cual, si el legislador expresamente no las mencionan no lo son.

- Porque si bien es cierto puede acudir a llenar vacíos legales por aplicación analógica, esto sólo resultará viable cuando haya un “vacío” y en el presente caso no lo hay, porque justamente la manera que tiene el legislador de no consagrar un recurso de apelación es guardar silencio sobre su otorgamiento, toda vez que sólo las providencias expresamente señaladas son apelables.

Llegando a la conclusión que, la correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, no puede ser otro que el que se deduce de su tenor literal y del sentido natural y obvio de sus palabras: es decir, consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación. Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad.

Lo anterior lleva a determinar, que el presente requisito se encuentra igualmente superado, por cuanto como se vio anteriormente, el auto que decide un incidente de desacato no es susceptible de recursos.

c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez. En el caso concreto, observamos que la accionante ataca la decisión proferida por el juzgado de primera instancia el 10 de febrero de 2017, a través de la presente acción, la que es presentada el día 10 de mayo de 2017, por lo que claramente hay un término razonable entre la decisión que se ataca y la tutela intentada, entendiéndose superado este requisito, acorde con el plazo razonable de intermediación que ha sido interpretado por la H. CORTE CONSTITUCIONAL, como de 6 meses.

d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora. Este requisito, tiene clara relación con varios de los defectos de fondo, para el particular y

según los cargos alegados en la acción de tutela, su relación puntual es con el defecto fáctico. Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta o cuando teniendo las pruebas a su alcance, las omite o no las valora adecuadamente, por lo que se desarrollará coetáneamente con este como causal de procedencia de tutela contra decisión judicial.

Para verificar la superación del presente requisito, se detendrá la Sala en este punto, con el fin de analizar las supuestas irregularidades presentadas durante el trámite incidental de desacato y si en verdad según los hechos de la demanda, se incurrió en un defecto fáctico por la no valoración de unas pruebas presentadas por la parte actora.

Lo primero que advierte la Sala, es lo ordenado en el fallo de tutela que desató el inicio del trámite del incidente de desacato, al respecto la sentencia de fecha 8 de julio de 2016, dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo, resolvió:

"PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social, la integridad física y servicio de salud del señor Manuel Guillermo Méndez, identificado con la C.C. No. 92.511.520, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la NUEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realicen las gestiones inmediatas y se haga entrega de los medicamentos levocetirizina 5mg, (tabletas); INMUNOTERAPIA (HIPOSENSIBILIZACIÓN CON ANTÍGENOS) y Furoato de Fluticasona 27.5 mcg (Líquido para inhalación 120 dosis)-AVAMYS, al señor MANUEL GUILLERMO MÉNDEZ identificado con la C.C. No. 92.511.520, para completar las cantidades y dosis prescritas por el médico tratante. (...)"

La anterior decisión fue impugnada por el actor en busca del reconocimiento de un tratamiento integral, la cual fue conocida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Sucre-Sala Segunda de Decisión Oral-M.P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty, el cual mediante sentencia de fecha 5 de agosto de 2016, adicionó la sentencia recurrida en el siguiente sentido:

"FALLA

"PRIMERO: ADICIONAR en su parte resolutive, la sentencia del 8 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

"a. ORDÉNESE a la NUEVA EPS, que gestione las autorizaciones necesarias, a fin de entregar los medicamentos que sean ordenados al señor MANUEL GUILLERMO MÉNDEZ VÁSQUEZ, para tratar su patología de alergia y proporcione el

tratamiento integral a que haya lugar, con su consecuente procedimiento informado debidamente al interesado.

"b. ORDENAR a la NUEVA EPS, que autorice y cubra los gastos de transporte y alojamiento, que requiera en adelante el señor MANUEL GUILLEMO MÉNDEZ VÁSQUEZ, para asistir a las citas médicas en la ciudad de Barranquilla o cualquier otra, donde deba recibir el servicio médico especializado de alergología"

Teniendo claro lo anterior y previo a verificar las actuaciones del operador judicial respecto al incumplimiento del fallo de tutela que dio origen al incidente de desacato, que hoy llama la atención de esta Colegiatura, se considera de vital importancia hacer un breve análisis del procedimiento previsto por el legislador tendiente al cumplimiento de las sentencias proferidas en las acciones de tutela.

El fundamento legal del desacato está consagrado en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991, en virtud de los cuales se establece:

*"Artículo 52. Desacato. **La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (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. "

"Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

*Si no lo hiciera dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. **El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.***

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Del marco normativo en comento, surgen dos connotaciones importantes, por un lado, el trámite de cumplimiento tiene su fundamento en la obligación constitucional del juez de amparo de hacer cumplir las sentencias de tutela y en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, según el cual "proferido el fallo que concede la tutela (...) el juez (...) mantendrá la competencia hasta que

esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza". Es por ello que este trámite se ha caracterizado como obligatorio y, en ese sentido, debe ser iniciado de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

El trámite que debe adelantarse para obtener el cumplimiento de un fallo de tutela consiste en poner en conocimiento de la situación al juez que conoció en primera instancia del asunto, para que éste adelante todas las gestiones necesarias para el efecto, poniendo fin a la vulneración o amenaza del derecho fundamental del peticionario tutelado

Y por otro lado, se observa que el incidente de desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional, a través de un incidente y en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto o multa a quien con **responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas en sentencias de tutela**. Lo anterior, con el único fin 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"*¹³.

Ahora bien, reconstruyendo los antecedentes del trámite de la acción de tutela y su consecuente trámite incidental, tenemos que el actor mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2016, solicitó la apertura del incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS, por el supuesto incumplimiento a los fallos de tutela de primera y de segunda instancia en los cuales se le amparó su derecho a la salud y a la seguridad social¹⁴⁻¹⁵.

En este orden, el Juzgado Primero Administrativo mediante Auto de fecha 2 de noviembre de 2016¹⁶ obrando de conformidad al marco legal establecido, ordenó requerir a la NUEVA EPS, para que informara cual había sido el cumplimiento dado a la sentencia de tutela del 8 de julio de 2016 (en primera instancia) y al fallo de la segunda instancia proferido el 5 de agosto de 2016.

¹³ Al respecto se puede consultar, Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2013.

¹⁴ Sentencia de tutela primera instancia 8 de julio de 2016, Juzgado Primero Administrativo (folio 33 a 39 C. de tutela 2016-00132-00).

¹⁵ Sentencia de segunda instancia-Tribunal Administrativo de Sucre-Sala Segunda de Decisión Oral, 5 de agosto de 2016 (folio 15-26 C. de tutela 2016-00132-00).

¹⁶ Folio 21 y 22, C. del trámite incidental.

Posteriormente la NUEVA EPS, rinde informe al despacho, a través de escrito de fecha 17 de noviembre de 2016, en donde argumenta que ha dado cumplimiento a las órdenes emanadas de las sentencias de tutela, para cual pone de presente que, se han expedido ordenes de servicio de transporte en la empresa "La Macarena" para la asistencia a las consultas requeridas en la ciudad de Barranquilla¹⁷

El actor presenta nuevo escrito, exponiendo que, le ha solicitado a la NUEVA EPS, que sus pasajes el sean autorizados por la empresa "DOMITRANSP S.A, con TRANSPORTE LUZ SCA y TRANSPORTE GONZÁLEZ" teniendo en cuenta su patología¹⁸. Exponiendo además que las citas que ha cumplido, las ha hecho por medio de estas empresas de transporte y le ha tocado sufragar a él los viáticos a la ciudad de Barranquilla.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Juzgado Primero Administrativo, mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2016 ordena requerir nuevamente a la NUEVA EPS, para que se pronunciara respecto de los hechos aducidos por el actor en sus múltiples escritos, referentes al incumplimiento del fallo de tutela¹⁹.

La parte accionada NUEVA EPS, da respuesta al requerimiento, manifestando que revisado el módulo de salud, se evidencia radicación de reembolso No. 141058 por conceptos de gastos de traslado para acudir a consultas por alergología y valor de \$100.000. Información que fue nuevamente refutada por el actor el día 12 de enero de 2017, exponiendo que nunca ha recibido notificación alguna por conceptos de reembolso²⁰.

En vista de lo anterior, el Juzgado Primero Administrativo, resuelve por auto de fecha 23 de enero de 2017, abrir el incidente de desacato en contra de la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, Gerente Zonal de la NUEVA EPS, notificándole personalmente y dándole el termino de 3 días par que se pronunciara al respecto y allegara las pruebas que quisiera hacer valer en el proceso²¹.

¹⁷ Folio 24 a 26 ídem.

¹⁸ Folio 35 y ss ibídem.

¹⁹ Folio 48 y 49 C. del trámite incidental.

²⁰ Folio 51 y 61 respectivamente.

²¹ Folio 67 y 68 C. trámite incidental.

La NUEVA EPS, rinde informe el 7 de febrero de 2017, en el cual manifiesta que ha dado cumplimiento integral al fallo de tutela, y que el usuario ha solicitado 3 reembolsos que ya han sido aprobados, para cual anexa las respectivas constancias de la prestación del servicio²².

Así las cosas, el Juzgado Primero Administrativo previo análisis de la conducta del ente accionado respecto al cumplimiento del fallo de tutela, resolvió mediante auto de fecha 10 de febrero de 2017²³, ordenar el cierre del incidente de desacato sin sanción, al considerar:

"(sic)... De los informes rendidos y memoriales allegados por el accionante, logra preverse que si bien existe incumplimientos parciales de la orden de tutela, a la fecha de 15 de diciembre de 2016, la NUEVA ESPE, garantiza el traslado del hoy accionante, pero en términos ajenos a los que exige el incidentista para su condición de mejoramiento en la salud.

Empero, considera esta Judicatura que la pretensión enervada por el señor Méndez Vásquez, a través del trámite incidental, en los términos antes referidos, no encuentra asidero, como quiera que el hecho de que se brinde la prestación del servicio de transporte a través de la Empresa Brasilia u otro medio de transporte, de por sí, no es suficiente para alegar el incumplimiento de la orden de tutela, ya que no se tienen elementos para afirmar la supuesta afectación o desmejoramiento en la salud del incidentista, cuando de los medios que son dispuestos se pueden acudir a medidas propias del paciente que busquen conservar, garantizar y mejorar su estado de salud, sin que se factible exigir el establecimiento de transporte por empresas específicas y en razón de consideraciones propias de quien hoy eleva el trámite incidental.

Además de ello, se observa que el mismo accionante recurre a otra forma de garantizar su estado de salud a través de concertar con su médico tratante la aplicación por vía sublingual las dosis por tres (03) meses en su tratamiento de alergia, lo que desestimaría en estas instancia medidas traslado a proveer según la historia clínica aportada -folio 65 del plenario-, anotándose claro está que para esta Agencia Judicial, no es posible, decir si dicha disposición medica afecta o no la condición de salud del incidentista, eventualidad que incluso se escapa del objeto del amparo de tutela concedido en la sentencia de 08 de julio de 2016 y adicionada por sentencia de segunda instancia de 05 de agosto de 2016.

De tal forma pese a evidenciarse incumplimiento parciales de la orden de tutela, se denota a la fecha una conducta por parte de la Nueva EPS dirigida a su cumplimiento integral, encontrándose que al ser suministrado gastos de traslado a través de ciertas empresas de transporte se garantiza y garantizó en su momento los derechos fundamentales de quien acudió en su momento, en ejercicio del medio de control constitucional, lo que no da lugar al acaecimiento de una conducta dolosa o gravemente culposa que diera paso a la imposición de una sanción por desacato, en el caso en estudio" (Destacado de la Sala).

²² Folio 70, 71, 82 y 83 Trámite incidental.

²³ Folio 84 a 87 ídem

Llama la atención de la Sala, que posterior a la expedición de la anterior providencia, el 27 de marzo de 2017, el incidentista presenta un nuevo escrito, del cual palabras textuales es importante resaltar²⁴:

"(SIC)... **SEGUNDO: Dado lo anterior la NUEVA EPS cumplía con el fallo de manera íntegra toda vez que al suscrito le proporcionaban el servicio de transporte puerta a puerta, el cual era prestado por la empresa de transporte RAMITRAM, que era la encargada de transportar a los pacientes que tenían citas por fuera de esta ciudad, asistiendo a varias citas en la ciudad de Barranquilla, Sociedad representada por la señora LUISA MEZA y para efecto de solicitar el servicio su número de contacto era 311 3665815 y 301 3665815. **TERCERO:** Posteriormente, la NUEVA EPS ordenó el servicio de transporte por Expreso la MACARENA, reclamando los tiquetes en Expreso BRASILIA, motivo por el cual el suscrito tuvo que costearse con recursos propios los pasajes Sincelejo - Barranquilla y viceversa en varias citas médicas, toda vez que mi patología no me permite viajar en los buses ordinarios por el exceso de frío lo que conlleva que mi garganta se cierra y se me dificulta enormemente respirar poniendo en riesgo mi salud y mi vida. **CUARTO: Para seguir con mi tratamiento viajo cada vez que tengo cita en Transportes Luz SCA o Transportes González SCA, porque este tipo de transporte el frío es moderado, más rápido y personalizado.****

(...)

PRETENSIONES:

PRIMERO: La modulación del fallo de tutela en lo que tiene que ver con la orden dada a la NUEVA EPS en el literal b de la parte resolutive que autoriza a cubrir los gastos de transporte.

SEGUNDO: Que como consecuencia de los anterior se ordene a la NUEVA E.P.S., autorice y cubra los gastos de transporte en una empresa que pueda ofrecerme un servicio acorde con mi patología, es decir, que no se me exponga a temperaturas demasiadas frías según fue explicado en precedencia.

TERCERO: Se amplíe el espectro de protección, pues para el goce y efectividad de mis derechos fundamentales es necesario el suministro de gastos de transporte interno, habida consideración que no cuento con los recursos económicos para costearlos por cuenta propia, y no pueden convertirse en talanquera para recibir un tratamiento adecuado, el cual, la misma EPS fue quien dispuso autorizarlo en ciudad distinta a mi domicilio, debiendo, por tanto, aprovisionar lo necesario para la consecución de dicha finalidad" (Negrillas de la Sala).

Posteriormente a este escrito el incidentista presenta otro escrito, por el cual pretende que se decrete como prueba oficiar al Dr. Alfonso Enrique Cotes Maya, Alergólogo de la Ciudad de Barraquilla, para certificar las actuaciones en las citas y el control de su patología²⁵.

De lo anterior se puede deducir claramente que el hoy accionante en su momento avaló totalmente la conducta de la entidad manifestando de

²⁴ Folio 90 y 91 C. tramite del incídete desacato.

²⁵ Folio 107 y ss. C. del incidente de desacato.

manera textual que la NUEVA EPS, había dado cumplimiento al fallo de manera íntegra toda vez que le proporcionaban el servicio de transporte puerta a puerta, el cual era prestado por la empresa de transporte RAMITRAM, que era la encargada de transportar a los pacientes que tenían citas por fuera de esta ciudad, asistiendo a varias citas en la ciudad de Barranquilla.

Aunado, resalta la Sala que la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo en auto de fecha 10 de febrero de 2017, por el cual ordenó el cierre del incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS, estuvo acorde con las normas que regulan la materia y bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, pues es evidente que no se configuraron los presupuestos de la responsabilidad objetiva o subjetiva que llevaran a la imposición de sanciones por desacato a las órdenes judiciales emanadas de esta jurisdicción, y sumado a esto, como se dijo anteriormente, el mismo incidentista (hoy accionante de tutela), confirmó que la NUEVA EPS, siempre había dado cumplimiento a lo ordenado en las sentencias de tutela, pero con el inconformismo que sus viáticos no eran ordenados en las empresas de transporte que "él quería". Situación que no es suficiente para sancionar por desacato al ente accionado, pues este hecho es ajeno al fallo de tutela, el cual ordenaba claramente "cubrir con los gastos de transporte y alojamiento a la ciudad de Barranquilla u otra según lo requerido", sin determinar ningún medio en particular.

Por otro lado, tanto la solicitud de modulación del fallo de tutela, como la solicitud probatoria (certificado del alergólogo de la ciudad Barranquilla), estima la Sala en este momento procesal, son improcedentes, por un lado, porque precisamente el incidentista manifestó que la EPS cumplió a cabalidad con el fallo, y por otro lado, porque se evidencia con todo su actuación, que lo pretendido es la interposición de una nueva acción de tutela, buscando el reconocimiento de hechos nuevos que dan paso a nuevas pretensiones, lo cual vulnera los principios de economía, celeridad y eficacia que rigen el trámite y naturaleza de estas acciones constitucionales, pues hace que la inicial controversia planteada sea improcedentemente analizada por varios jueces, lo que impide una decisión judicial definitiva respecto de los derechos cuya protección se solicita.

Así las cosas, como se dijo en los considerandos que preceden, no es posible prolongar de manera indefinida los debates judiciales ya concluidos en sede de tutela, pues, a pesar de que el procedimiento es breve, las partes gozan de todas las prerrogativas propias de cualquier proceso judicial.

Por lo anterior, concluye la Corporación que en el presente asunto no se está cumpliendo con los requisitos en estudio, dado que, no se evidencia ningún defecto procedimental o fáctico dentro del trámite incidental por desacato, promovido por el señor Manuel Guillermo Méndez Vásquez, pues se evidenció claramente que este se ciñó a los postulados normativos y jurisprudenciales que se han creado para dirimir este clase de litigios, amén que no se aprecia una indebida valoración u omisión de las documentales que fueron aportadas al proceso.

Igualmente, no se advierte la existencia de una vía de hecho que conlleve a la procedencia de la presente acción contra el auto que ordenó el cierre del incidente, pues ha quedado en evidencia que su procedimiento se ajustó a los parámetros legales y a la exigencias de la doctrina constitucional, sin advertir igualmente la violación al debido proceso que aduce el actor, pues las pruebas que solicitó que se tuvieran en cuenta (certificado del alergólogo de la ciudad de Barranquilla) se tornan ineficaces bajo el entendido que fue el mismo incidentista quien manifestó que la NUEVA EPS cumplió a cabalidad con el fallo de tutela proporcionándole el servicio de transporte puerta a puerta, el cual era prestado por la empresa de transporte RAMITRAM, que era la encargada de transportar a los pacientes que tenían citas por fuera de esta ciudad, asistiendo a varias citas en la ciudad de Barranquilla.

Las anteriores razones son suficientes para declarar la improcedencia del amparo solicitado, sin necesidad de estudiar los demás requisitos de procedibilidad y mucho menos entrar al fondo de la situación planteada.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la MANUEL GUILLERMO MÉNDEZ VÁSQUEZ en contra del JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, teniendo como vinculado a la NUEVA EPS.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión al actor, al JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, a la NUEVA EPS y al agente delegado del Ministerio Público. Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente solicitado en préstamo, esto es el radicado bajo el número 70001-33-33 001-2016-00132-00, al Juzgado de origen.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnado, **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, ordénese su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Esta Sentencia se discutió y aprobó en sesión de Sala Extraordinaria conforme consta en el Acta N° 91 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Ausente con permiso)