



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, ocho (08) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

TRÁMITE: INCIDENTE DE DESACATO
PROCESO: 70-001-33-33-009-2017-00329-01
INCIDENTISTA: ADELAIDA MARGOTH BENÍTEZ FERNÁNDEZ
INCIDENTADO: NUEVA EPS
GRADO: CONSULTA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el despacho sobre el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** frente al auto del 27 de abril de 2017, proferido por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del INCIDENTE DE DESACATO promovido por ADELAIDA MARGOTH BENÍTEZ FERNÁNDEZ, quien actúa en representación de su hija xxxx¹ contra la NUEVA EPS.

1. ANTECEDENTES

La señora **ADELAIDA MARGOTH BENÍTEZ FERNÁNDEZ**, interpuso acción de tutela contra la **NUEVA EPS** para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social de su menor hija xxxx.

La acción de tutela fue concedida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, el cual mediante sentencia proferida el 29 de noviembre de 2017, resolvió:

“PRIMERO: TUTÉLENSE los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física de la menor xxxxx, quien actúa a través de su madre la señora ADELAIDA MARGOTH BENITEZ FERNÁNDEZ los cuales le vienen siendo conculcados por la NUEVA EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la NUEVA EPS, REALIZAR las gestiones administrativas encaminadas a brindar una atención en salud integral a la menor xxxx, esto es, le brinde cualquier otro tipo de tratamiento, provea los medicamentos requeridos, autorice las citas con los especialistas que demande y vele por el cumplimiento de las mismas (contratando con los prestadores de servicios

¹ En el presente caso debe aclararse que por estar involucrado un menor de edad la Sala ha decidido no hacer mención de su nombre como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomaran medidas para impedir su identificación, remplazando el nombre por convenciones a las que se hará referencia en el relato de los hechos que enmarcan el caso. Artículo 33 Ley 1098 de 2006

necesarios), de igual forma suministre los viáticos (transporte de ida y regreso, y alojamiento) para ella y un (1) acompañante, a fin de que pueda continuar con su tratamiento y asistir a citas programadas fuera de la ciudad, incluyendo la dispuesta para el 07 de diciembre de la presente anualidad. Igualmente, la NUEVA EPS, deberá tomar las medidas necesarias para que al menor se le preste la atención médica en forma integral”

2. INCIDENTE DE DESACATO

2.1. SOLICITUD

Mediante escrito presentado el 12 de diciembre de 2017, la accionante instauró incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS y solicitó que se garantizara el cumplimiento de la sentencia proferida por el despacho el 29 de noviembre de 2017 (fls. 1y 2)

2.2. TRÁMITE INCIDENTAL.

Previo a dar apertura formal al incidente de desacato, el Juzgado Noveno Administrativo, requirió por auto de fecha 18 de diciembre de 2017, a la entidad accionada el cumplimiento efectivo de lo ordenado en sentencia (folio 19).

La Nueva EPS, rinde informe mediante escrito fechado 15 de enero de 2018, aduciendo un supuesto cumplimiento al fallo de tutela de la referencia, no obstante, la parte actora controvierte dicho informe, manifestando que no es cierto que la entidad haya dado cumplimiento a las ordenes emanadas en la sentencia (fol. 22 a 29 y 33-34).

Por lo anterior, y verificado el incumplimiento del fallo de tutela, el juez, mediante auto de fecha 23 de enero de 2018, decide abrir el incidente de desacato disponiendo en su numeral segundo la notificación personal a IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de representante legal en el Departamento de Sucre, de la NUEVA EPS, y al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA, como presidente de la entidad, dándoles el traslado de tres (3) días para rendir descargos, aportar o solicitar las pruebas que pretendieran hacer valer, providencia que fue notificada por correo certificado (folios 51 a 54).

El 29 de enero de 2018, se pronuncia la NUEVA EPS, insistiendo sobre el cumplimiento al fallo de tutela, pero sin prueba alguna de ello en el plenario (folio 56 a 58).

3. PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante auto del 27 de abril de 2018, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, decidió el presente incidente, en el cual sancionó a IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, representante legal de la NUEVA EPS en el Departamento de

Sucre, con multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes y un (1) día de arresto respectivamente.

Como fundamento de esa decisión, el Juez de instancia, argumentó que se encontró demostrado el incumplimiento y por ende la responsabilidad objetiva y subjetiva, en cuanto a las órdenes impartidas, puesto que si bien es cierto y la entidad ha presentado una serie de dificultades de tipo administrativo, también lo es, que la parte actora no ésta en el deber jurídico de soportarlas, pues a la fecha las citas y los procedimientos médicos requeridos por la menor, aún no han sido realizados.

4. CONSIDERACIONES

Analizado el asunto materia de consulta, advierte el despacho que la situación fáctica que motivó la solicitud de adelantar la actuación de desacato, se traduce en el incumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que tuteló los derechos de la parte actora, razón por la cual se be analizar su responsabilidad al interior del trámite y si esta amerita la imposición de las sanciones respectivas.

I. GENERALIDADES DEL INCIDENTE DE DESACATO EN ACCIONES DE TUTELA.

Consagra el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991:

“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 meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

Como se advierte, la norma citada consagra un trámite incidental especial que concluye con un auto, mismo que de ser sancionatorio, debe ser objeto de consulta, con el fin que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción; ello, por cuanto el trámite de la acción de tutela es de carácter especial, preferente y sumario, pues persigue la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que implica además, una especial atención al principio de celeridad en este trámite accesorio.

La H. Corte Constitucional, frente al desacato ha señalado que:

“no es otra cosa que el incumplimiento de una orden impartida por un juez y contenida ya sea en una sentencia o en cualquier providencia dictada en ejercicio de sus funciones y con ocasión de trámite de una acción de tutela y que dicha figura jurídica

se traduce en una “medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela para sancionar a quien desatienda sus órdenes expedidos para proteger de manera efectiva derechos fundamentales”²

De conformidad con lo anterior, el Juez encargado de hacer cumplir el fallo de tutela, también tiene la facultad de sancionar por el desacato del mismo, sin que sea dable confundir una actuación (cumplimiento del fallo) con la otra (el trámite de desacato); en efecto, el desacato implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido y por tanto, la negligencia comprobada de la persona para el cumplimiento de la decisión, desde el punto de vista subjetivo, por lo que no puede presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento; en síntesis, la procedencia de la sanción por desacato consagrada en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, requiere que se compruebe que efectivamente y sin justificación válida hubo algún tipo de ‘rebeldía’ contra el fallo de tutela.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-271 de 2015, señaló:

(E)l 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”.

En ese orden de ideas, para determinar si hay lugar a confirmar la sanción impuesta por el *A-quo*, es preciso un análisis minucioso de las actuaciones surtidas en el trámite de incidente de desacato adelantado por el Juzgado dentro del asunto de la referencia, advirtiéndose en tal sentido, que las actuaciones desplegadas por el Juez de instancia, tuvieron su génesis en la aplicación del Decreto 2591 de 1991, tanto para el trámite de cumplimiento consagrado en el artículo 27 de la mencionada norma, como para el trámite incidental por desacato establecido en el artículo 52 de la misma disposición.

Se itera, que el trámite de cumplimiento, así como del incidente de desacato consagrados en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, tienen como finalidad concretar de manera efectiva el cumplimiento del fallo de tutela, en aras de garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales amparados con la decisión, siendo así, el incidente de desacato, el último recurso con el que cuenta el Juez constitucional para obligar al cumplimiento del fallo, máxime cuando la renuencia es persistente.

Al constituirse en mecanismo idóneo por el cual es posible exigir el acatamiento pleno de la sentencia de tutela, su trámite debe garantizar los derechos fundamentales procesales de contradicción, defensa y debido proceso para ambas partes, siendo el

² Sentencia T – 188 de 200

trámite consagrado en el artículo 27, tal y como lo indicó en reciente pronunciamiento la Corte Constitucional, la herramienta con que cuenta el Juez de tutela, por excelencia, para lograr los fines previstos de cumplimiento del fallo³; postura que también fue adoptada por el Consejo de Estado⁴, al expresar que el objeto del incidente de desacato es el de verificar el cumplimiento del fallo de tutela, y en caso contrario, sancionar al funcionario que ha hecho caso omiso a la orden perentoria contenida en la parte resolutive de la sentencia de tutela, tendiente al amparo de los derechos fundamentales vulnerados.

El trámite a seguir previa imposición de las sanciones a que haya lugar por el presunto incumplimiento del fallo de tutela, en aras de alcanzar la efectividad del mismo, concretando y garantizando la protección debida a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de los funcionarios renuentes, fue delimitado recientemente por la Corte Constitucional en la sentencia C-367 del 11 de junio de 2014, al indicar que:

“4.3.4.8. El trámite de cumplimiento sigue el procedimiento previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que otorga amplios poderes al juez de tutela para hacer cumplir la sentencia, valga decir, para garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos amparados. Hay tres etapas posibles en el procedimiento para cumplir con el fallo de tutela: (i) una vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda; (ii) si esta persona no lo cumpliere dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra un proceso disciplinario contra ella; (iii) si no se cumpliere el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez “ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo”.

4.3.4.9. De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo”.

Por su parte y en cuanto a la interpretación del incidente de desacato, el H. Consejo de Estado - Sección Quinta, se ha pronunciado así:

“Entonces, el incidente de desacato es el instrumento procesal creado por el legislador para que, de un lado, sea eficaz la orden impartida por el juez de tutela y, de otro, sean efectivos los derechos fundamentales que se protegen y garantizan en la Constitución”.

³ Corte Constitucional, Sentencia C – 367 de 2014. “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”. Al respecto igualmente consultar, Corte Constitucional, sentencias T-763 de 1998 y T- 421 de 2003

⁴ Providencia del 27 de septiembre de 2012, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

/.../ la Corte Constitucional ha dejado en claro que, en el incidente de desacato, el demandado goza de las garantías propias de los procesos sancionadores, por lo que sólo puede ser sancionado si se adelanta el trámite conforme al proceso debido, se reprochan conductas culpables y se impone el correctivo señalado en la ley (artículo 29 de la Constitución). Así, esa Corporación distingue dos tipos de responsabilidad: de un lado, la objetiva del incumplimiento y, de otro, la subjetiva del obligado a cumplir con la orden judicial, a quien sólo podrá reprochase la negligencia, omisión injustificada e impericia en el cumplimiento del fallo. (...)

En este orden de ideas, el juez que conoce del incidente de desacato no puede agotar su análisis en el hecho objetivo del cumplimiento o incumplimiento, sino que, para imponer la correspondiente sanción, debe valorar los motivos y las circunstancias que precedieron al incumplimiento. De hecho, constituye un principio general del derecho el que nadie está obligado a lo imposible, por lo que no puede ser sancionado quien incumpliere una orden de tutela por hechos totalmente ajenos a su voluntad.

Así las cosas, la Sala precisa dos aspectos:

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

El segundo, que en el incidente de desacato no pueden resolverse nuevas situaciones jurídicas que no fueron planteadas en instancia, pues ese trámite se limita a definir si se cumplió o no con lo ordenado en el fallo de tutela. De igual modo, quién está obligado a cumplir con el fallo no puede aducir nuevos hechos para sustraerse de su cumplimiento, pues el momento procesal para hacerlo era el trámite de tutela. En consecuencia, el marco de competencia del juez que tramita el desacato está definido con la orden judicial que se produjo para amparar los derechos fundamentales de la demandante.⁵

En virtud de lo anotado, se precisa, que no puede el juez constitucional que vigila el cumplimiento de su fallo, desbordar, en ejercicio de la potestad sancionatoria, el marco trazado en la providencia transcrita, no obstante como también se señaló, el desacato tiene fundamento en el incumplimiento de la orden dada por un juez dentro del trámite de una acción de tutela, así que inobservada la orden, el juez debe imponer la sanción correspondiente por desobediencia.

II. CASO CONCRETO

La parte actora afirma que el ente accionado no ha dado cumplimiento al fallo de tutela, razón por la cual inició trámite incidental en su contra el 12 de diciembre de 2017.

La reconstrucción de las actuaciones realizadas en acápite anterior, destaca que fueron múltiples las acciones realizadas por del Juez de tutela, tendientes al cumplimiento de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2017, sin poder lograr que se diera observancia a lo dispuesto en la decisión judicial de amparo, por lo que resolvió imponer

⁵ Auto de 25 de marzo de 2004, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC) C.P. Darío Quiñones Pinilla.

las sanciones correspondientes de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

El análisis del expediente igualmente, conlleva a señalar de manera razonable que a la fecha la entidad accionada no ha dado cumplimiento a las órdenes impartidas por el fallo que se dice desacatado, como quiera que, la EPS accionada en cabeza del su Gerente Zonal señora IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, no ha dado respuesta alguna a lo solicitado, ni durante el trámite constitucional de la acción de tutela, ni durante el curso del trámite incidental por desacato, pues si bien es cierto existen unos pantallazos de las autorizaciones de los servicios médicos requeridos, no existe ninguna constancia de su entrega material y mucho menos de la realización de los procedimientos médicos requeridos por la menor, pues contrario a esto, se vislumbró en el expediente varios escritos suscritos por la accionante (agente oficiosa de la menor), donde manifiesta, que no es cierto que se haya cumplido con lo ordenado en el fallo de tutela.

Por demás, el plazo para dar cumplimiento a la orden de tutela se encuentra superado con creces, por lo que el incumplimiento desde el punto de vista **objetivo**, se ha configurado.

En otra arista, la responsabilidad subjetiva, para la Sala, igualmente se encuentra demostrada, dado que es claro que la responsabilidad en dar respuesta a los requerimientos relacionados con la autorización de los servicios médicos ordenados en el fallo de tutela es el Gerente y Representante legal de la NUEVA EPS en el Departamento de Sucre, señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, tal y como se puede observar a folio 97 del expediente.

Así entonces, se puede concluir que efectivamente la funcionaria sancionada desacata la orden impuesta, pues la medición claramente supera los máximos mencionados, y por otro lado, su desidia en el cumplimiento de las órdenes judiciales, sin dar explicaciones de las que se deduzcan justificaciones objetivas y razonables frente a su conducta, es de donde se infiere su actuar negligente, displicente e insidioso frente al cumplimiento de la orden judicial de tutela emanada de la providencia que da origen al presente trámite, poniendo en entredicho no solo la institucionalidad del Estado colombiano al desconocer las claras decisiones judiciales previamente notificadas, sino la salud de sus afiliados.

Por último, para esta Colegiatura la sanción impuesta por el Juez de instancia, se considera adecuada, pues se impone dentro de los límites legales y atendiendo la gravedad de la vulneración del derecho en discusión (salud, seguridad social y vida digna de un sujeto de especial protección constitucional), materializado a través de la

autorización de las citas médicas, bajo la especialidad de (ENDOCRINOLOGÍA PEDIÁTRICA, y realización del examen denominado RX DE VÍAS DIGESTIVAS).

En atención de lo anterior, se **CONFIRMARÁ** el auto consultado de fecha 27 de abril de 2018, por el cual el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Circuito, sancionó a IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, Gerente Zonal en el Departamento de Sucre de la NUEVA EPS, con multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes y un (1) día de arresto respectivamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la providencia consultada, esto es, el auto proferido el 27 de abril de 2018, por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por medio de la cual se sancionó a IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, Gerente Zonal en el Departamento de Sucre de la NUEVA EPS., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para su cumplimiento, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión ordinaria del día de hoy, según Acta N° 066

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA