



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Grado: Consulta

Trámite: Incidente de Desacato

Proceso: 70-001-33-33-007-2018-00331-01

Incidentista: Viviana María Galeano Sierra

Incidentado: Irma Cárdenas Gómez-Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento de Sucre.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el despacho sobre el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** frente al auto del 7 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por el cual se sanciona por desacato a la señora Irma Cárdenas Gómez, Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento de Sucre, por el presunto incumplimiento al fallo de tutela de fecha 11 de octubre de 2018.

1. ANTECEDENTES

La señora **Viviana María Galeano Sierra**, interpuso acción de tutela contra la **NUEVA EPS** para la protección de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

La acción de tutela fue conocida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, el cual mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2018, resolvió:

"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud de la señora Viviana maría Galeano, vulnerado por la NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la NUEVA EPS, por medio de su representante legal, o a quien haga sus veces, a que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación de esta providencia, asuma los costos de transporte, transporte interno, hospedaje y viáticos de la señora VIVIANA MARÍA GALEANO y su acompañante, para trasladarse a la ciudad de Barranquilla, Clínica General del Norte, con el fin de practicarse la cirugía de "CISTOPEXIA CABESTRILLO CON CINTA TVT (SP)"

2. INCIDENTE DE DESACATO

2.1. Solicitud

Mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2018, la accionante solicitó la apertura de incidente de desacato, en contra de la NUEVA EPS, para que se le garantizara el cumplimiento de la sentencia proferida por el despacho el 11 de octubre de 2018 (fl. 1)

2.2. Trámite incidental.

Previo a dar apertura formal al incidente de desacato, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, requirió a la entidad accionada por auto de fecha 13 de diciembre de 2018, para que informara el cumplimiento efectivo de lo ordenado en sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 (folio 22).

La Nueva EPS, rinde informe mediante escrito fechado 19 de enero de 2019¹, señalando que se ha realizado entrega de los "voucher" de transportes a fin de dar traslado para la realización del procedimiento quirúrgico. Posteriormente en escrito de 14 de enero de 2019² dice

¹ Folio 28 a 48

² Folio 49 a 51

acatar en su totalidad el fallo de tutela, autorizando los traslados terrestres no asistencial Corozal – Barranquilla, con posterioridad a esto en escrito de 24 de enero de 2019³, manifiesta que se realizó revisión en el aplicativo evidenciándose que se está realizando gestiones para la reprogramación quirúrgica de –cistouretropexia- con dispositivo (suspensión del musculo elevador), solicitando al Juzgado, que se abstenga de continuar con el trámite incidental.

Por lo anterior, y verificado el incumplimiento del fallo de tutela, la Jueza Séptima, mediante auto de fecha 31 de enero de 2019, decide abrir el incidente de desacato, disponiendo en su numeral segundo, la notificación personal a la Gerente Zonal y Regional de la Nueva EPS, dándole traslado de tres (3) días para rendir descargos, aportar o solicitar las pruebas que pretendieran hacer valer (fl. 59 - 60).

El 24 de enero de 2019, se pronuncia la NUEVA EPS, insistiendo que se ha realizado retroalimentación con el área médica, es decir, -back de Tutela-, para que una vez la usuaria tenga la fecha programada para la cirugía, se le autorice los gastos de viáticos para ella y su acompañante, tal como ordena el fallo de tutela. Por lo anterior, es necesario que la accionante una vez tenga fecha de la programación, se acerque a las oficinas de atención al afiliado a radicar los gastos de viáticos para ella y su acompañante, los cuales serán aprobados. (fls. 69 - 70).

Por auto de fecha 7 de marzo de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo decide el incidente, y resuelve, imponer sanción consistente en un (1) día de arresto y multa por un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la señora Irma Cárdenas Gómez,

³ Folio 53 a 56

en calidad de Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento de Sucre (fls. 71 - 76).

Frente a la anterior decisión, la Nueva EPS por conducto de su apoderada, presentó solicitud de nulidad por indebida notificación de la sanción, argumentando que el fallo sancionatorio no se le notificó en debida forma a la sancionada Irma Cárdenas Gómez y tampoco, se le individualizó con el número de identificación civil (fls. 78-98).

El Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Sincelejo, mediante auto de fecha 21 de marzo de 2019, resolvió negar la nulidad propuesta por la apoderada judicial de la Nueva EPS, considerando, que se habían cumplido con todas las condiciones jurisprudenciales, para concluir que la señora Irma Cárdenas Gómez, se encontraba en situación de desacato, respecto de la orden dada en la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, que pese a los muchos requerimientos, y su individualización, aun desde el inicio del trámite incidental, se abstuvo de acatar la decisión judicial emitida en sede de tutela (fls. 91- 105).

3. PROVIDENCIA CONSULTADA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante auto de fecha 7 de marzo de 2019, resuelve imponer sanción consistente en un (1) días de arresto y multa por un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la señora Irma Cárdenas Gómez, en calidad de Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento de Sucre (fls.71 - 76).

Como sustento de la anterior decisión, argumentó el *a quo*, que se encontró demostrado el Incumplimiento y por ende, la responsabilidad objetiva y subjetiva, en cuanto a las órdenes impartidas en sede de

tutela, puesto que fue clara la renuencia de la funcionaria encargada de cumplir con la orden impartida el 11 de octubre de 2018, no logrando demostrar el cumplimiento cabal de la sentencia, pues han transcurrido más de cuatro (4) meses, sin que se haya materializado la orden que amparó los derechos fundamentales de la parte actora.

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 Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que tuteló los derechos de la parte actora, razón por la cual se debe 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, el 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""⁴

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

⁴ Sentencia T – 188 de 200

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 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 trámite consagrado en el artículo 27, como lo indicó la Corte Constitucional, la herramienta con que cuenta el Juez de tutela, por excelencia, para lograr los fines previstos de cumplimiento del fallo⁵; postura que también fue

⁵ 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

adoptada por el Consejo de Estado⁶, 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.

El trámite a seguir previa imposición de las sanciones a que haya lugar por el presunto incumplimiento del fallo de tutela, 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 cumpliera 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 cumpliera 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".

el acceso a la administración de justicia". Al respecto igualmente consultar, Corte Constitucional, sentencias T-763 de 1998 y T- 421 de 2003

⁶ Providencia del 27 de septiembre de 2012, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

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".

/.../ 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 incumpliére 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."

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

⁷ Auto de 25 de marzo de 2004, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC) C.P. Darío Quiñones Pinilla.

del trámite de una acción de tutela, así que inobservada la orden, el juez debe imponer la sanción correspondiente por desobediencia.

II. Solución al asunto

La parte actora afirma, que el ente accionado no ha dado cumplimiento al fallo de tutela de fecha 11 de octubre de 2018, razón por la cual, presentó solicitud de trámite incidental en su contra el 19 de noviembre de 2018.

A su turno, la entidad accionada insistió durante el trámite incidental, que se había autorizado los trasportes terrestres no asistencial Corozal – Barranquilla y que se había hecho entrega de los “voucher”, en mismo sentido insistió en que se estaba esperando la reprogramación de la cirugía para llevar a cabo la autorización de los viáticos de la accionante y su acompañante.

En ese orden, la reconstrucción de las actuaciones realizadas en precedencia, dan a conocer, que fueron varias las actuaciones realizadas por del Juez de tutela, tendientes al cumplimiento de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2018, sin que se logrará por parte de la funcionaria encargada, que se diera observancia a lo dispuesto en la decisión judicial de amparo, por lo que resolvió imponer las sanciones correspondientes de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

El análisis del expediente, conlleva a señalar de manera razonable, que a la fecha, no se ha dado cumplimiento a las órdenes impartidas en 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 cumplido con lo solicitado, pues pese a que en sus intervenciones,

aduce cumplir cabalmente el fallo de tutela y brindarle a la accionante un servicio óptimo según la pertinencia social en salud, los hechos demuestran lo contrario, toda vez que hasta la fecha, sigue sin cumplirse el fallo de tutela de fecha 11 de octubre de 2018, en los términos en que fue impartida.

Así las cosas, 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 ese sentido, se puede concluir, que efectivamente la funcionaría sancionada desacata la orden impuesta, pues 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 frente al cumplimiento de la orden judicial de tutela, que da origen al presente trámite, poniendo en entredicho no solo la institucionalidad del Estado, al desconocer las claras decisiones judiciales previamente notificadas, sino los derechos fundamentales de sus afiliados.

Por último, la Sala considera que la sanción de multa resulta proporcional en razón de que se adelantaron algunas actuaciones tendientes al cumplimiento del fallo, no obstante, se modificará la decisión consultada, en el sentido de prescindir de la sanción de *-privación de la libertad-*, pues para el caso de marras, la multa aparece como necesaria y pertinente, más que la privación de la libertad, pues, surge como mejor medida coercitiva que no impide que, eventualmente, el sancionado, pueda cumplir con lo ordenado, lo que no podría ocurrir de ser privado de su libertad, privilegiándose incluso, tan caro derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia del 7 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en el sentido de prescindir de la sanción de -privación de la libertad- quedando en firme solo la multa de un (1) SMLMV.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCELAR** su radicación, **ENVIAR** 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 del día de hoy, según Acta N° 45

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA