



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

| | |
|--------------------|--|
| RADICACIÓN: | 70-001-33-33-009-2017-00352-01 |
| ACCIONANTE: | DORA MILENA MAZO ESPINOZA |
| ACCIONADO: | E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO- SUCRE |
| NATURALEZA: | CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO - ACCIÓN DE TUTELA |

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la providencia del 16 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dentro del incidente de desacato promovido por la señora **DORA MILENA MAZO ESPINOZA**, contra la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**.

I.- ANTECEDENTES

La señora **DORA MILENA MAZO ESPINOZA**, en nombre propio, entabló incidente de desacato contra la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**, por el presunto incumplimiento de la sentencia del 15 de diciembre de 2017, en la que se falló:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, la salud y alimentación de los menores VALERIA y DARÍO JOSÉ BUSTAMANTE MAZO, vulnerados por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA al representante legal de la entidad accionada HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, TOME las medidas necesarias y pertinentes para que

el pagador de la entidad PROCEDA A CONSIGNAR a órdenes del JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SINCELEJO el 50% del salario devengado por el señor ANTONIO MARCIAL BUSTAMANTE GAZABON, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del presente año, y durante las demás mensualidades, mientras se mantenga vigente la medida ordenada por el Despacho Judicial aludido.

Igualmente DEBE PROCEDER a realizar de manera oportuna las cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud del señor ANTONIO MARCIAL BUSTAMANTE GAZABON.

TERCERO: CONMINAR y ADVERTIR al representante legal del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, para que en lo sucesivo el Pagador de la entidad consigne durante los cinco primeros días de cada mensualidad, a órdenes del JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, el 50% del salario devengado por el señor ANTONIO MARCIAL BUSTAMANTE GAZABON, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria, si llegare a estabecerse por el Juez de Familia, atendiendo las previsiones del artículo 130 de la Ley 1098 de 2006.”

El Juez de conocimiento, mediante auto de 8 de febrero de 2018¹, dio apertura al trámite incidental y con ello, corrió traslado al representante legal de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, Dr. JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES, para que se pronunciara sobre el presunto incumplimiento de la orden tutelar². Tal decisión fue notificada vía correo certificado 4-72³.

Frente a lo anterior, el Dr. Marco Antonio Amell Rodríguez, quien invocó su calidad de abogado de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, manifestó que se había cumplido el fallo, al haberse cancelado el mes de diciembre de 2017. Resaltó, además, que *“las nóminas de pagos van hasta el mes de diciembre de 2017, con lo cual se ha cumplido a cabalidad la orden de embargo y el fallo de tutela, una vez se pague la nómina de enero de 2018, se cancelara los descuentos para el embargo tal como lo ordenó el Juzgado de Familia y el despacho de conocimiento, pues el Hospital no puede cancelar los descuentos hasta tanto no cancele la nómina, porque*

¹ Previamente había requerido un informe al Director de la E.S.E accionada, sobre el acatamiento de la sentencia de tutela. Auto de 25 de enero de 2018, visible a Fl. 30.

² Fls. 41 – 42.

³ Fls. 43 – 45.

incurría en un delito, la obligación se desprende desde el momento en que se paga la nómina y en ese momento nace la obligación de cancelar los descuentos de alimento.”⁴

Posteriormente, mediante auto de 31 de mayo de 2018⁵, la Unidad Judicial en mención, dio apertura a un periodo probatorio, decretando, de oficio, las siguientes pruebas:

“Requírase a la entidad accionada HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO - Señor JORGE ALBERTO DUCURA PARALES en su calidad de representante legal de dicha entidad, para que en el término de los TRES (3) días siguientes al recibo de la comunicación, informe si ya dio cumplimiento a lo estrictamente ordenado en sentencia de tutela de fecha 15 de diciembre del 2017, con respecto a consignar los cinco (5) primeros días de cada mes a órdenes del JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SINCELEJO lo correspondiente al 50% del salario devengado por el señor ANTONIO MARCIAL BUSTAMANTE GAZABÓN. Así mismo debe informar sobre si está realizando de manera oportuna las cotizaciones al sistema de salud del mismo empleado.

Ofíciase al JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SINCELEJO, para que informe si el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO está realizando de manera oportuna las consignaciones por concepto de cuota alimentaria de los menores VALERIA y DARÍO JOSÉ BUSTAMANTE MAZO dentro del proceso radicado con el número 2015-00399.

Ofíciase a la NUEVA EPS para que informe el estado actual de la afiliación de los menores VALERIA y DARÍO JOSÉ BUSTAMANTE MAZO, como beneficiarios del señor ANTONIO BUSTAMANTE GAZABÓN,…”

1.1 Providencia Consultada⁶.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, resolvió la solicitud de desacato mediante providencia de 16 de agosto de 2018, imponiendo como sanción una multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Dr. JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES, Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.

⁴ Fls. 48 – 58.

⁵ Fls. 59 – 60.

⁶ Fls. 72 - 75.

La decisión fue adoptada, al acreditarse la repetición de los hechos que motivaron la acción de tutela, así como también una conducta omisiva del mentado funcionario, respecto de los requerimientos que se le efectuaron, tendientes a dar cumplimiento a las órdenes impartidas, poniéndose en riesgo los derechos a la salud y alimentos de los menores Valeria y Darío José Bustamante Mazo.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

El inciso 2º del artículo 52 del Decreto Ley 2591 de 1991, dispone, que las sanciones impuestas por el juez de tutela, mediante el trámite incidental de desacato, serán consultadas ante el superior jerárquico-funcional, quien decidirá dentro de los de tres días siguientes, si aquella debe revocarse o en su defecto, confirmarse.

2.2.- Problema jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos narrados por la incidentista y la postura del Juez de primera instancia, para esta Sala, el problema jurídico, se centra en determinar:

¿Se encuentra ajustada a derecho, la sanción impuesta al Dr. JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES, Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, frente al presunto incumplimiento de la sentencia adiada 15 de diciembre de 2017?

2.3.- 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”.

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, se pronunció en los siguientes términos:

“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 reprochársele 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".⁷

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.

2.4.- Caso concreto.

En la providencia consultada, se decidió sancionar al Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, Dr. JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES, con multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que a la fecha de resolverse el incidente de desacato, no se había dado cumplimiento integral al fallo de tutela adiado 15 de diciembre de 2017.

Pues bien, en el presente asunto se encuentran acreditados, tanto el elemento objetivo, como el subjetivo, presupuestos que efectivamente configuran el desacato, en el caso de estudio.

Con relación al **elemento objetivo**, la Sala considera que la Gerencia de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, si bien ha consignado (no periódicamente) a órdenes del Juzgado Segundo de Familia de Sincelejo, las mensualidades salariales correspondientes a la medida de embargo por alimentos de los hijos de la accionante, también lo es, que se ha sustraído en "realizar de manera oportuna las cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud del señor ANTONIO MARCIAL BUSTAMANTE GAZABÓN"; no de otra forma se puede justificar el estado "suspendido" de

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

su afiliación en el régimen en salud, tal como lo informó el Director de Afiliaciones de la Nueva E.P.S., en Oficio VO-GA-DA 347300-18 de 15 de junio de 2018⁸.

En lo que al **elemento subjetivo** respecta, se estima que efectivamente, el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, es el servidor público encargado, funcionalmente, de cumplir la orden impartida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, pues, además de ostentar la calidad de representante legal de la entidad⁹, es el funcionario a quien va dirigido la orden tutelar.

Definida la procedencia de la sanción por desacato, respecto a la orden de tutela del 15 de diciembre de 2017, lo siguiente es su graduación, bajo parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual se considera que como quiera que la decisión de tutela ha sido acatada, pero no en su totalidad, se impondrá como sanción la multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el Art. 52 del Decreto 2591 de 1991, en contra del Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, Dr. JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES.

Es importante anotar, que la multa, para el presente caso, 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 Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia del 16 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en los siguientes términos:

⁸ Fl. 68.

⁹ Decreto 785 de 2005, <<http://www.husincelejo.gov.co/doc.aspx?docid=82>>.

“SEGUNDO: IMPÓNGASE al Doctor JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES, en calidad de Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que debe consignar de su patrimonio a favor del Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la cuenta **del BANCO AGRARIO CUENTA DTN MULTAS Y CAUCIONES EFECTIVAS** No. 3-0820-000640-8, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, término dentro del cual deberá acreditar el pago de la misma.”

CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Discutido y aprobado en Sala, según acta No. 0127/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA