El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, seis (06) de noviembre dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Incidente Desacato Consulta	
Asunto:	Auto – Incidente de desacato en grado de consulta
Radicación:	70-001-33-33-004**-2018-00274-01**
Incidentante:	**Víctor Andrés Hernández Verbel**
Incidentada:	**Nueva E.P.S.**
Procedencia:	Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo

Tema: *Consulta – Confirma.*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta de la sanción de multa, cumplido el trámite respectivo, con ocasión del desacato a una orden en un asunto de tutela.

2. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Por medio de agente oficioso se reclamó el 11 de julio de 2019[1] ante el *A quo*, iniciar incidente de desacato, procurando el cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 19 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, en la que se amparó el derecho fundamental a la salud y la vida digna del señor VÍCTOR ANDRÉS HERNÁNDEZ VERBEL; en consecuencia, se ordenó a la NUEVA E.P.S, brindar una atención integral, con tratamiento prescrito por los médicos tratantes y los medicamentos requeridos, incluyendo terapias físicas y adicionalmente, se garantice el servicio de enfermería de 24 horas.

Con fecha 11 de enero de 2018, según dice el agente oficioso, se le solicitó al juzgado complementación y/o aclaración de providencia, la cual fue resuelta el día 17 de enero

[1] Fls. 2-3 C.Ppal.

de 2018, ordenando taxativamente el cumplimiento del fallo en un término de 48 horas.

Aduce que desde el mes de junio de 2019, se suspendieron injustificadamente los servicios de control médico del paciente, al igual que las terapias físicas y fonológicas que se venían prestando mensualmente, hasta el mes de mayo. Igualmente, señala que en la actualidad sólo se presta el servicio de enfermería.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó:

> "*1. Que se adopten las medidas necesarias para que las accionadas cumplan con la orden del juzgado que amparó los derechos fundamentales de mi padre, ordenando reestablecer los servicios de controles mensuales tanto médicos, como terapias físicas fonológicas.*
>
> *2. Que, sin perjuicio de lo anterior, y en los términos del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 se de apertura a INCIDENTE DE DESACATO por el incumplimiento de las accionadas."*

Mediante oficio Nº 1176 de fecha 11 de julio[2] de 2019, el Juzgado Noveno, remitió por impedimento al Juzgado Primero la presente acción. Así las cosas, con proveído del 30 de julio de 2019[3], el Juzgado Primero, previo a la apertura del incidente de desacato, ofició a la NUEVA E.P.S, para que informará sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 2017 proferido por el Juzgado Noveno.

Decisión que fue notificada al buzón electrónico de la entidad incidentada (secretaria.general@nuevaeps.com.co)[4].

Por lo anterior, el 02 de agosto de 2019, la NUEVA E.P.S contestó el requerimiento, aduciendo que: "*Señor juez, nos permitimos manifestar al despacho que una vez conocido el presente requerimiento, se remitió al área médica, una vez se tenga las soportes se remitirá al despacho.*
De lo anterior, señor juez, se evidencia que NUEVA EPS se encuentra en toda la disposición en dar cumplimiento al fallo de tutela, por tal motivo solicitamos a su despacho SUSPENSIÓN del trámite incidental por el término de diez días hábiles con el fin de gestionar el cumplimiento del fallo de tutela de VICTOR ANDRES HERNANDEZ VERBEL y aportar las pruebas de cumplimiento."

---

[2] Fl. 1
[3] Fls. 7-8.
[4] Fls. 9-12.

Por auto del 11 de septiembre de 2019, el Juez unipersonal abrió formalmente incidente de desacato contra IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S. Para ello, ordenó correr traslado por el término de tres días[5]. Sustentó su decisión en que la NUEVA E.P.S. no aportó prueba que demuestre el cumplimiento del fallo de tutela. La anterior decisión fue notificada[6], al correo electrónico antes mencionado, y para los mismos efectos se expidió oficio de citación de notificación personal[7].

Sin embargo, por medio de correo electrónico de data 18 de septiembre de 2019[8], la NUEVA E.P.S. presentó solicitud de nulidad dentro del desacato por falta de traslado, toda vez que según ellos, no recibieron de parte del Juzgado las copias de los hechos del incidente ni sus anexos, y que el término de 72 horas, no es suficiente para poder ejercer su defensa.

En auto del 01 de octubre de 2019[9], el juez de instancia resolvió la petición presentada por la NUEVA E.P.S., negando la solicitud de nulidad, considerando que: "*la solicitud de nulidad no tiene vocación de prosperidad, debido a que, todas las etapas previas y posteriores a la providencia que dio apertura al incidente de desacato fueron agotadas adecuadamente, no existiendo vulneración alguna al debido proceso*". Tal actuación fue notificada el 04 de octubre de 2019, al correo electrónico (secretaria.general@nuevaeps.com.co)[10] y mediante notificación persona a la señora Irma Luz Cárdenas Gómez, efectuada el 16 de octubre de 2019[11].

Finalmente, con auto del 24 de octubre de 2019[12], el juez de instancia resolvió el incidente de desacato, declarando el desacato y sancionado a IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S., con un (1) día de arresto y una multa equivalente un (1) SMLMV, por ser responsable de desacatar la orden que se le impartió en la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 2017, modificada por el Tribunal Administrativo de Sucre mediante sentencia de 05 de febrero de 2018.

---

[5] Fl. 17.
[6] Fl. 18-20.
[7] Fl. 21.
[8] Fls. 22-24.
[9] Fls. 27-28.
[10] Fls. 25-31.
[11] Fl. 32-33.
[12] Fls. 35-39.

3. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER

3.1. LA COMPETENCIA FUNCIONAL. Este Tribunal es competente para resolver de la consulta de la sanción impuesta en trámite incidental por el Juez de primera instancia de acuerdo con las previsiones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.[13]

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

¿Existió incumplimiento por parte de quien está obligado a materializar la orden judicial de la tutela? Y en consecuencia, ¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse las providencias del 01 y 24 de octubre de 2019, la primera mediante la cual se negó la solicitud de nulidad presentada por la NUEVA E.P.S y la segunda, que declaró e impuso sanción de un (1) día de arresto y una multa equivalente de un (1) SMLMV, IRMA LUZ CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de GERENTE ZONAL-SUCRE de la NUEVA E.P.S, con ocasión del trámite de desacato adelantado ante el Juzgado de conocimiento?

3.3. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

3.3.1. LOS ASPECTOS OBJETO DE ACREDITACIÓN EN EL INCIDENTE DE DESACATO. - Los elementos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[14], son:

> ... "**(1)** a quién estaba dirigida la orden; **(2)** cuál fue el término otorgado para ejecutarla; **(3)** y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)"[15]. De existir el incumplimiento "debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada"[16].

Expone la Corte Constitucional que en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Sobre el particular ha señalado esa alta Corporación[17]:

---

[13] "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 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. ~~La consulta se hará en el efecto devolutivo~~."

[14] CC. T-343 de 2011.

[15] CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

[16] CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005.

[17] Sentencia T-271/15, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

"*30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respetivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos*[18]*.'*

31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo."[19] (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

En consonancia con lo anterior, la Corte ha precisado que en el momento de analizar si existió o no desacato deben tenerse en cuenta situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad[20], aclarando que no puede imponerse sanción cuando: ***"(i)*** *la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y* ***, (ii)*** *cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (sentencias T-1113 y T-368 de 2005)"*[21].

Este Tribunal concluye que el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden de tutela impartida y, de ser así, tiene que determinar si el mismo fue total o parcial, identificando las razones por las cuales se produjo, con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió responsabilidad subjetiva de la

[18] *Cfr.* Sentencia T-1113 de 2005.
[19] Sentencia T-171 de 2009.
[20] *Ibídem.*
[21] Sentencias T-171 de 2009 y T 1113 de 2005, entre otras.

> persona obligada. Finalmente, si la encontrare probada deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable en relación con los hechos[22].

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados pero diferenciables[23], a saber:

> 21.- Las anteriores diferencias tienen varias consecuencias que ya han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.
>
> En primer lugar, *"puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato"*[24] pues, como se vio, está previsto otro trámite en el cual el juez de tutela está facultado para adoptar *"todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento"* de su fallo (artículo 27 del decreto 2591 de 1991).
>
> En segundo lugar, estas diferencias evidencian que *"todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato"*[25] ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de "*todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento"* del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.
>
> En tercer lugar, la existencia o la iniciación del incidente de desacato no excusa al juez de tutela de su obligación primordial del juez constitucional cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección de derechos fundamentales mediante el trámite de cumplimiento[26].
>
> En cuarto lugar también se ha aclarado que *"el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato"*[27] y por ello *"en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato"*[28]. La sublínea y la versalita son ajenas al texto original.

Continuando con el tema de la diferencia que existe entre los instrumentos que regula el decreto 2591 de 1991 en sus artículos 27 y 52, tenemos que la Corte Constitucional en la sentencia **T-1113-05**, puntualizó lo siguiente:

> *"Además el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través de trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la*

---

[22] Sentencia T-1113 de 2005.
[23] En la sentencia T-459 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño) la Corte dijo: "el juez puede adelantar el incidente de desacato y sancionar a los responsables y simultáneamente puede adelantar las diligencias tendientes a obtener el cumplimiento de la orden."
[24] CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008.
[25] CC. T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005.
[26] CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.
[27] CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006.
[28] CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006.

tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato, Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

i) *El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.*

ii) *La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.*

iii) *La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.*

iv) *El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público."*

Para mayor ilustración se transcribe el numeral 1.3 del Auto 056 del 2016 de la Corte Constitucional:

"*1.3. Así las cosas, el destinatario de una orden de tutela puede i) acatarla de manera inmediata y adecuada o ii) de manera excepcional, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de llevarla a cabo. Sin embargo, ante el incumplimiento del mandato emitido, el Decreto Estatutario 2591 de 1991 prevé dos mecanismos:* ***el trámite de cumplimiento*** *y* ***el incidente de desacato****. Este Tribunal ha indicado que* ***el primero*** *es el instrumento idóneo para lograr que se observe la decisión, ya que* ***se funda en una situación objetiva*** *y el juez cuenta con amplios poderes para hacerla efectiva.* ***El desacato, por su parte, se trata de una herramienta accesoria que se funda en una responsabilidad subjetiva****, porque para imponer la sanción se debe probar la culpabilidad (dolo o culpa) de la persona que debe cumplir la sentencia."* (Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)

El criterio de la Corte Constitucional es que *"En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando.".*

Conforme la jurisprudencia Constitucional[29], el término para resolver un trámite incidental por desacato a fallo de tutela, no debe superar los diez (10) días, contados desde su apertura; sin embargo, existen situaciones excepcionalísimas, que permiten desbordar aquel plazo:

(i) por razones de necesidad de la prueba y para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato, **(ii)** cuando exista una justificación objetiva y razonable para la demora en su

[29] CC. C-367 de 2014.

> práctica **y (iii)** se haga explícita esta justificación en una providencia judicial, el juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución, pero en todo caso estará obligado a **(i)** adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba respetando el derecho de defensa **y (ii)** a analizar y valorar esta prueba una vez se haya practicado y a resolver el trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo.

Respecto al trámite incidental, la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha sostenido[30]:

> "De esta manera, es evidente que durante el trámite incidental debe garantizarse en su mayor expresión el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona natural contra quien se dirige el incidente.
>
> Para tal resultado, el juez de primera instancia que conozca debe actuar de la siguiente manera: **1) identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas, es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas**; **2)** darle traslado al incidentado para que presente sus argumentos de defensa; **3)** si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión**; 4)** resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, **si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada,** para en caso afirmativo, imponer la respectiva sanción **y, 5)** siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.
>
> Entonces, para efectos de establecer la responsabilidad que implica la declaración de desacato, es necesario que, como primera medida, se establezca el contenido preciso de las órdenes emitidas en el fallo cuyo incumplimiento se alega.
>
> De llegarse a demostrar que la orden no fue observada dentro del plazo previsto para el efecto, lo correcto es que, después de adelantar el trámite dirigido a procurar el cumplimiento del fallo, el incidente de desacato se dirija contra el funcionario obligado a atender la sentencia de amparo.
>
> Así, para verificar la responsabilidad subjetiva del "incumplido", en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, ha sido criterio reiterado de esta Corporación[31] que éste debe estar **debidamente identificado**, pues es sabido que mediante el trámite incidental no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta."

No sobra acotar lo reiterado por la Corte Constitucional, en relación con el incidente de desacato[32], donde indicó que *"(…) el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir*

---

[30] C.P. Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, auto del 12 de julio de 2018, rad. No. 19001-23-33-000-2016-00508-02(AC)A

[31] Entre otras, ver auto del 15 de agosto de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. C.P. Gustavo Gómez Aranguren. Exp. 2012-00410-01.

[32] CC. Auto 181 de 2015.

de la resolución de un recurso de amparo constitucional (…)", de manera que, su finalidad *"(…) no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia (…)"*[33].

3.4. CUESTIÓN PREVIA - INCIDENTE DE NULIDAD PROPUESTO POR LA NUEVA EPS.

Previo a resolver el caso en concreto, este Tribunal estima pertinente pronunciarse sobre el escrito de nulidad por indebida notificación de la apertura del incidente de desacato, que fue presentado por la NUEVA EPS en el curso del trámite incidental por desacato[34].

Aduce la NUEVA EPS, como causal de anulación, que en el trámite incidental, no se recibió por parte del juzgado, las copias de los hechos del incidente ni sus anexos, así como que el término de 72 horas les parece insuficiente para ejercer su defensa, por lo que estiman pertinente la solicitud de nulidad.

Igualmente señalan que, sobre el trámite de la tutela, deberá atenerse a lo dispuesto el numeral 8 del artículo 133 del CGP, así mismo, citan el ACUERDO No. PSAA1 5-10392 de fecha primero de octubre de 2015, en su artículo 1º.

Frente a la causal de nulidad invocada por la incidentada (num. 8 del art. 133 del CGP), esta Sala estima que no se encuentra configurada, en razón a que la apertura del incidente de desacato se notificó en debida forma.

Prueba de ello son: **(i)** los correos electrónicos enviados en el trámite de requerimiento previo visible a folios 9 y 10, **(ii)** coinciden con aquellos de notificación de la apertura del incidente de desacato (secretaria.general@nuevaeps.com.co), visible a folio 18, **(iii)** que a su vez es el mismo del escrito de contestación y de nulidad, visible a folios 15 y 24: secretaria.general@nuevaeps.com.co.

Precisamente por ello y atendiendo a lo establecido por la Corte Constitucional en el **Auto A-326-13,** tenemos que:

> Así las cosas, cualquiera que sea el medio empleado por el juez para dar a conocer la decisión a las partes o a los sujetos legitimados para impugnarla,

---

[33] CC. T-171 de 2009.
[34] El presente escrito fue recibido por el Juzgado 1, mediante correo electrónica el día 18 de septiembre de 2019.

aquél debe ser lo suficientemente efectivo para garantizar, como mínimo, el derecho de defensa del afectado.

Sin embargo, de lo anterior no se deriva que la notificación de la apertura de un incidente de desacato deba hacerse de manera personal, so pena de ser declarado nulo. Esta Corte, al resolver en la sentencia **T-343 de 2011** un caso en el que se alegaba un defecto procedimental en la decisión de un juez de tutela al fallar un incidente de desacato pues la apertura del incidente no se había notificado personalmente, consideró que:

> "Los alegados defectos procedimentales no se configuraron porque la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, como bien señala el juez de segunda instancia esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales, además Acción Social tuvo conocimiento del incidente que estaba en curso y presentó distintos memoriales por medio de sus apoderados judiciales pero no aportó elementos probatorios que permitieran verificar el cumplimiento del fallo. Tampoco es cierto que se pretermitiera la etapa probatoria pues se corrió traslado a la entidad pública para tal efecto, y ésta allegó numerosos escritos pero no la prueba del cumplimiento. Por otra parte, aunque no se procedió a la notificación personal de la providencia que resolvió el incidente de desacato es claro que Acción Social tuvo conocimiento de la misma pues los apoderados judiciales de esta entidad participaron activamente durante el trámite de la consulta de la sanción impuesta.

Ahora bien, en el auto de apertura del incidente de desacato (Fl 17) se trascribe al orden incumplida y allí se señala específicamente que en el trámite de cumplimiento la EPS dio respuesta expresando que una vez se tuvieran los soportes se anexarían y existe certeza que en el correo electrónico de notificación de la apertura del incidente (Fl 18), se adjuntó precisamente dicha providencia y en este caso, considera el Tribunal que no eran necesario anexos adicionales, con lo cual queda demostrado que se garantizó el derecho de defensa del sancionado.

Ahora bien, conviene reiterar, conforme el precedente jurisprudencial citado en precedencia, que existe una diferencia entre el cumplimiento de la tutela (*trámite previsto en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991)* y el incidente de desacato (*artículos 52 y 27 del mencionado decreto*), pues en el primero es obligación vincular a quien es el superior jerárquico de quien está obligado a acatar la orden de tutela, para que lo conmine a cumplir la sentencia judicial o en su defecto adelantar el procedimiento disciplinario a que hubiera lugar (responsabilidad objetiva); mientras que en el segundo, se analiza si la persona obligada a cumplir la orden de tutela actuó con negligencia u omisión injustificada (responsabilidad subjetiva), no siendo

necesaria hacer relación a la responsabilidad que puede recaer en el superior de quien es el encargado de cumplir la tutela.

Ubicados en el contexto ***del trámite del cumplimiento tutela*** (*trámite previsto en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991)* primero se solicita al directamente encargado que la cumpla, si no lo hace se realiza el requerimiento al superior para que haga cumplir la orden, si pasadas 48 horas, no se han ejecutado los mandatos contenidos en la sentencia, se abrirá proceso contra el superior y el juez de conocimiento adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

Para la Colegiatura es claro por tanto que, ***no estamos ante el trámite de cumplimiento de la tutela***, el cual se puede iniciar de oficio por el Juzgado de forma previa, paralela o posterior a la apertura del incidente de desacato y es precisamente en el escenario del incidente de desacato en que nos encontramos al resolver la Consulta, iniciado a petición de la actora, en el cual se analiza la conducta del obligado directo y en donde no es necesaria la presencia de su superior.

3.5. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: **(i)** la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar *"por si misma o por quien actúe a su nombre";* **(ii)** no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y **(iii)** ese tercero debe tener alguna de las siguientes calidades: **a)** representante del titular de los derechos, **b)** agente oficioso, o **c)** Defensor del Pueblo o Personero Municipal[35].

Respecto de la agencia oficiosa, en la misma sentencia, la Sala de Selección de Tutelas número Diez de la Corte Constitucional puntualizó:

> *"(…)* ***b) como agente oficioso puede obrar un tercero*** *"cuando el titular de los mismos [es decir, de los derechos] no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud" (Art. 10 del Decreto 2591 de 1991); y* ***c)*** *el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden instaurar la*

[35] Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

tutela conforme a la ley y la jurisprudencia a nombre de quien se los solicite o esté indefenso".

La Sala Octava de Revisión de Tutelas[36] ha señalado que la validez de esta figura se basa en tres principios constitucionales, a saber: **(i)** el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales orientados a realizar efectivamente este tipo de garantías; **(ii)** la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que busca conjurar que por circunstancias meramente procedimentales se violen derechos fundamentales; y **(iii)** el principio de solidaridad, que impone a la sociedad velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa.

Ahora bien, en Sentencia **SU- 055 de 2015**, esta Corporación indicó las hipótesis en las que resulta procedente la agencia oficiosa, en los siguientes términos:

"(*...) el Decreto exige, como condiciones para que se configure la agencia oficiosa, la concurrencia de dos elementos:* ***(i)*** *que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y,* ***(ii)*** *que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.*"

Así las cosas, y en virtud de los principios constitucionales en los que se fundamenta la figura de la agencia oficiosa, la Sala encuentra que el señor Ernesto Alfonso Hernández Mercado se encuentra legitimado para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de su padre Víctor Andrés Hernández Verbel, quien es la titular de la vulneración alegada, teniendo en cuenta que el referida no se encuentra en condiciones de defender personalmente la garantía de sus derechos fundamentales.

[36]Ver sentencias tales como T- 056 de 2015, T- 029 de 2016.

3.6. EL CASO CONCRETO.

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, la Sala estima necesario reiterar que no nos encontramos en el escenario regulado en el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, sino en la órbita del 52 de dicha normatividad; en consecuencia, se procederá a determinar si, como lo dispuso el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, la funcionaria sancionada incurrió en desacato de la orden impartida por dicha autoridad judicial en el fallo de tutela del 19 de diciembre de 2017 proferido por el Juzgado Noveno, adicionado mediante proveído de 16 de enero de 2018, modificado en segunda instancia mediante sentencia de fecha 05 de febrero de 2018 y, por lo tanto, el Juzgado Primero que avocó conocimiento, le impuso un (1) día de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en la medida en que no acreditó que hayan tomado las medidas necesarias para que al señor Víctor Andrés Hernández Verbel se le preste la atención médica en forma integral, se le realicen los procedimientos y exámenes que ordenó el médico tratante, incluyendo terapias físicas.

Para lograr tal finalidad, es menester analizar la sanción objeto de consulta a la luz del aspecto subjetivo, es decir, si tal omisión es el resultado de una conducta negligente o dolosa.

Así las cosas, se tiene que en la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, ordenó[37]:

> "***Segundo: Ordénese*** *a la* ***NUEVA E.P.S****, realice las gestiones administrativas encaminadas a brindar una atención en salud integral al señor* ***VICTOR ANDRES HERNANDEZ VERBEL****, esto es, le brinde el tratamiento que sea prescrito por los médicos tratantes, provea los medicamentos requeridos y garantice la realización de las terapias físicas necesarias para mejorar la calidad de vida del accionante, las cuales, debido a su estado de salud deberán ser realizadas a su domicilio.*
>
> *Adicional a lo anterior, la NUEVA E.P.S deberá garantizar el servicio de enfermería 24 horas, por recomendación del médico tratante y atendiendo a las circunstancias particulares del paciente.*
>
> *Dado el caso, la entidad accionada, tiene la facultad de recobrar ante el FOSYGA, el valor en que incurra por la autorización de servicios y medicamentos no incluidos en el P.O.S.*
>
> *De igual manera, la NUEVA E.P.S, deberá tomas las medidas necesarias para que al actor se le preste la atención médica en forma integral."*

[37] Fl. 7 del C. Ppal. Cita del cuaderno de tutela, folios 65-73.

Expresa el señor Hernández Mercado, que: "*Durante el mes de junio de 2019 se suspendieron intempestiva e injustificadamente por orden de las accionadas* ***los servicios de control médico del paciente, al igual que las terapias físicas y fonológicas*** *que se venían presentando MENSUALMENTE, hasta el mes de mayo del presente año. En la actualidad sólo se presta es el servicio de enfermería.*"

Por lo anterior, el Juez de primera instancia, previó a abrir el trámite incidental, requirió al Representante Legal de la NUEVA E.P.S, para que informara sobre el cumplimiento del fallo de tutela, la cual fue contestada en término, solicitando un término de 10 días para verificar el cumplimiento de la tutela.

Posteriormente, el 11 de septiembre de 2019 (Fl 17) se abrió incidente de desacato en contra la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ por ser la Gerente Zonal de la NUEVA EPS, dicho auto se notificó por correo electrónico (Fl 18) y se intentó así mismo la notificación personal de la señora Irma Luz Cárdenas Gómez (Fl 21), que se efectuó el 16 de octubre de 2019 (Fl 33); luego, el 18 de septiembre la EPS solicita declarar una nulidad por falta de traslado, que fue resuelta en primera instancia negándola.

Con fundamento en lo anterior, por proveído del 24 de octubre de 2019[38] se impuso sanción por desacato del fallo del 19 de diciembre de 2017; en esta instancia se corroboró que el término concedido para dar cumplimiento a la sentencia de tutela, está más que vencido; adicionalmente, no se observa prueba de su cumplimiento, a excepción de lo expuesto por el señor agente oficioso; es decir, que del tratamiento integral, concedido por esta jurisdicción, lo único que se ha mantenido, ha sido la prestación del servicio de enfermería y en su dicho, se le suspendieron sin previo aviso y sin justificación "los servicios de control médico y las terapias físicas y fonológicas".

Conforme a lo anterior, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite incidental, en ninguna de las instancias, la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, ofreció una respuesta que justifique los hechos del incidente de desacato, como quiera que no existe documento o prueba alguna que ofrezca razones que justifiquen la suspensión de los servicios de control médico, al igual que las terapias físicas y fonológicas que se le venían prestando al señor Hernández Verbel, tampoco que acrediten su reinicio.

[38] Fls 35 a 39

En esos términos, se encuentra que la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la sentencia de primera instancia, ya que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, se mantienen en ese estado, pues el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la jurisprudencia[39] sobre el tema: "*(…) no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela (…)".*

Ahora bien, conforme a la sanción impuesta por la Juez Primero, esta Colegiatura procederá a estudiar la proporcionalidad de la misma, con ocasión del desacato, conforme los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, expresados en los siguientes términos:

> *"El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.*
>
> *El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la* ***finalidad de la medida****, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.*
> *(…)*
> *El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la* ***idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto****. Este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez constitucional adentrarse en el estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada.*
> *(…)*
> *Igualmente, la Corte encuentra* ***proporcional en stricto sensu*** *la medida analizada, como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma las libertad de locomoción o la iniciativa privada, como tampoco la dignidad humana, el derecho al trabajo o el debido proceso; por el contrario, permite que se materialicen y protejan como se explica a continuación, por lo tanto, el legislador no ha excedido las funciones que constitucionalmente le son reconocidas en la materia.*[40] (Resaltado del texto original)

Bajo los anteriores criterios, se aplicará el test de proporcionalidad a la sanción asignada en esta oportunidad a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, con funciones en Sucre, consistente en un (1) día de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, motivo por el que

---

[39] CC. Sentencia T-527 de 2012.
[40] Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

esta Sala analizará los siguientes aspectos:

a. Finalidad perseguida con la sanción.

En el presente caso el propósito perseguido con la sanción impuesta a la funcionaria sancionada es que se cumpla el fallo proferido el 19 de diciembre de 2017, por medio del cual se ordenó a la Nueva EPS que brinde una atención en salud integral al señor VICTOR ANDRES HERNANDEZ VERBEL, esto es, "*le brinde el tratamiento que sea prescrito por los médicos tratantes, provea los medicamentos requeridos y garantice la realización de las terapias físicas necesarias para mejorar la calidad de vida del accionante, las cuales, debido a su estado de salud deberán ser realizadas a su domicilio*.

Adicional a lo anterior, la NUEVA E.P.S deberá garantizar el servicio de enfermería 24 horas, por recomendación del médico tratante y atendiendo a las circunstancias particulares del paciente."

b. Idoneidad.

Sobre este punto, la Sala encuentra que la sanción atribuida es idónea para obtener el debido cumplimiento del fallo que amparó los derechos fundamentales del señor VÍCTOR ANDRÉS HERNÁNDEZ VERBEL, comoquiera que mediante la misma se pretende instar a los funcionarios de la Nueva EPS para que cumplan con la orden impartida, que en el presente caso es la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS.

c. Proporcionalidad.

En relación con este aspecto, cabe destacar que en la providencia consultada se sancionó a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS, consistente en un (1) día de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, medida que a juicio de esta Sala no resulta proporcional; ya que si bien se ha suspendido el tratamiento integral del señor HERNÁNDEZ VERBEL, también lo es que la afectación de la libertad, derecho fundamental de quien está obligado a cumplir en este caso, se afectaría gravemente, adicional a lo anterior no desconoce este Tribunal que existe un cumplimiento parcial, ya que el servicio de enfermería nunca ha sido suspendido; por ello, se modificará la orden impartida, aumentando la multa a TRES (3) S.M.L.M.V. y se eliminará la orden de arresto.

- Sumado a lo anterior, se conminará a la referida funcionaria para que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera el señor VÍCTOR ANDRÉS HERNÁNDEZ VERBEL.

Cabe resaltar que si el actora advierte que no se da cabal cumplimiento con lo aquí dispuesto podrá iniciar nuevamente el correspondiente incidente de desacato.

4. LAS CONCLUSIONES. Acorde con lo expuesto, (i) Se confirmará la decisión de desacato proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY,

R E S U E L V E,

PRIMERO: SE CONFIRMA la negativa a solicitud de nulidad propuesta por la NUEVA EPS, conforme a las consideraciones.

SEGUNDO: SE MODIFICA la sanción impuesta en la providencia de 24 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Sincelejo, quedando únicamente en una multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberá consignarse a favor y en la cuenta prevista en el numeral segundo del auto que resuelve en primera instancia el incidente de desacato.

TERCERO: CONMÍNASE a la señora IRMA CÁRDENAS GÓMEZ, en su calidad de Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS, para que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera el SEÑOR VÍCTOR ANDRÉS HERNÁNDEZ VERBE, procurando se le garanticen los controles médicos, la realización de las terapias físicas necesarias para mejorar la calidad de vida del accionante.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a la sancionada en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Ejecutoriada esta decisión, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

SEXTO: ADVERTIR que contra esta providencia es improcedente recurso alguno.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 157.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY