



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN: TUTELA – INCIDENTE DE DESACATO
RADICADO: 54-001-31-05-003-2022-00380-00
ACCIONANTE: IRIS DRAGANOV CASIAN
ACCIONADO: NUEVA EPS; CLÍNICA MEDICAL DUARTE

Procede el Despacho a decidir el presente incidente por desacato, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. De la orden de tutela:

Mediante sentencia proferida el 09 de diciembre del año 2022, esta Unidad Judicial ordenó lo siguiente:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida de **IRIS DRAGANOV CASIAN**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, si aún no lo hubiere hecho, proceda a realizar los trámites administrativos en aras de autorizar y garantizar la materialización del procedimiento quirúrgico “EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL, PEXIA MAMARIA BILATERAL Y RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BILATERAL CON COLGAJO”, prescrito a la señora **IRIS DRAGANOV CASIAN** en consultas llevadas a cabo el 15 de marzo del 2022, 31 de mayo del año 2022, 27 de julio del año 2022 y 03 de noviembre del año 2022, así como la totalidad de exámenes prequirúrgicos y consulta por anestesiología que requiera para tal fin.

TERCERO: ORDENAR a la **CLÍNICA MEDICAL DUARTE** que, en el evento de que la **NUEVA EPS** autorice el procedimiento quirúrgico “EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL, PEXIA MAMARIA BILATERAL Y RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BILATERAL CON COLGAJO”, en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la radicación de dicha autorización, proceda a agendar y materializar el procedimiento quirúrgico en comento, así como la totalidad de exámenes prequirúrgicos y consulta por anestesiología que requiera para tal fin.”

La anterior decisión no fue objeto de impugnación.

1.2. Solicitud de Desacato:

A través de memorial remitido el 06 de marzo de la presente anualidad al correo electrónico de esta Unidad Judicial, la accionante solicita la apertura de incidente de desacato, manifestando que la **NUEVA EPS** se encuentra incumpliendo la orden judicial impuesta, pues fue remitida a la **CLÍNICA SANTA ANA** donde le fueron enviados nuevamente los exámenes que ya habían sido practicados 4 veces en la **CLÍNICA MÉDICAL DUARTE**, que le fueron autorizados los exámenes

de laboratorio, pero que la consulta con el cardiólogo se demora aproximadamente un mes, sin que a la fecha le hubiese sido practicada la cirugía que requiere de manera urgente, pues su afectación le genera dolor intenso, inflamación y enrojecimiento.

1.3. Apertura y trámite procesal:

Esta Unidad Judicial, a través de auto adiado 28 de marzo del año 2023 dispuso requerir a los doctores **JOSE FERNANDO CARDONA URIBE**, **SANDRA MILENA VEGA GOMEZ** y **JOHANA CAROLINA GUERRERO**, en su condición de Director Nacional, Gerente Regional Nororiental y Gerente Zonal de la **NUEVA EPS**, respectivamente, para que informaran qué medidas se tomaron para dar cumplimiento al fallo de tutela en comentario.

La **NUEVA EPS** allegó respuesta al requerimiento el 31 de marzo siguiente. Sin embargo, al no advertir evidencia alguna del suministro de los servicios médicos pretendidos, el Despacho a través de proveído calendado 10 de abril hogaño, dio apertura formal al incidente de desacato en contra de las precitadas autoridades, notificando de tal actuación a los interesados para garantizar su derecho de contradicción y defensa, otorgando un día como término de traslado.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

2.1. Consideraciones generales:

El Decreto 2591 de 1991 establece el marco legal del incidente de desacato señalando lo siguiente:

“Artículo 27. (...) El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

(...)

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

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

Como se puede evidenciar, tales normas definen la naturaleza jurídica y establecen el marco normativo del incidente de desacato, así como el trámite incidental especial por el cual éste se tramita. Si bien contra la decisión que resuelve dicho incidente no procede el recurso de apelación, se consagró el grado jurisdiccional de consulta en el efecto suspensivo, cuando quiera que por vía de dicho incidente se imponga alguna de las sanciones contempladas por el artículo 52 citado. Ahora, dicho incidente de desacato se tramitará a petición de parte, y se adelantará cuando se alegue el incumplimiento de una orden judicial impartida al interior de una sentencia de tutela que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, el incidente de desacato surge como un instrumento procesal por el cual se da plena garantía al derecho constitucional de acceso a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), en tanto se orienta a la materialización de la decisión judicial dictada en sede de tutela, pues 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.¹

2.2. Conducta esperada:

Acorde a la orden judicial emanada por esta judicatura, la obligación de la **NUEVA EPS** es la de autorizar y garantizar la materialización del procedimiento quirúrgico “**EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL, PEXIA MAMARIA BILATERAL Y RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BILATERAL CON COLGAJO**”, prescrito a la señora **IRIS DRAGANOV CASIAN** en consultas llevadas a cabo el 15 de marzo del 2022, 31 de mayo del año 2022, 27 de julio del año 2022 y 03 de noviembre del año 2022, así como la totalidad de exámenes prequirúrgicos y consulta por anestesiología que requiera para tal fin.

2.3. Funcionario encargado:

Teniendo en cuenta que el trámite de desacato es una actuación tendiente a establecer la responsabilidad por la desatención de una decisión judicial, es imprescindible la plena identificación del sujeto contra el cual se dirige el trámite incidental, por lo que para este asunto los responsables del acatamiento de esta orden judicial es la señora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su condición de **GERENTE ZONAL DE LA NUEVA EPS**, tal y como lo refiere la Apoderada Judicial de la referida entidad en su escrito de contestación.

2.4. Análisis de responsabilidad:

En el asunto sub examine, la señora **IRIS DRAGANOV CASIAN** solicitó la apertura de incidente de desacato manifestando que la **NUEVA EPS** se encuentra incumpliendo la orden judicial impuesta, pues fue remitida a la **CLÍNICA SANTA ANA** donde le fueron enviados nuevamente los exámenes que ya habían sido practicados 4 veces en la **CLÍNICA MÉDICAL DUARTE**, que le fueron autorizados los exámenes de laboratorio, pero que la consulta con el cardiólogo se demora aproximadamente un mes, sin que a la fecha le hubiese sido practicada la cirugía que requiere de manera urgente, pues su afectación le genera dolor intenso, inflamación y enrojecimiento.

Al respecto, la defensa judicial de la autoridad cuestionada, al contestar el incidente de desacato, se opuso a la prosperidad del mismo, argumentando que, en cumplimiento de la orden de tutela impuesta, autorizó los servicios “**EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL; RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BILATERAL CON COLGAJO; RECONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO AREOLA PEZON**” con autorización No. 241026047 con direccionamiento a **SUBSIDIADO CLÍNICA MEDICAL DUARTE ZF SAS**, cuya asignación depende directamente de la IPS.

Empero, al no aportar al plenario la autorización referida, el Despacho procedió a establecer comunicación telefónica con la señora **IRIS DRAGANOV CASIAN**, a efectos de indagarla con relación al cumplimiento de la orden judicial, levantándose la siguiente constancia secretarial:

“ La suscrita sustanciadora se permite dejar constancia que el día de hoy, 19 de abril del año en curso, me comuniqué al número telefónico 3173119566 aportado en el escrito tutelar, donde me atendió la señora **IRIS GRAGANOV CASIAN** a quien indagué respecto de la materialización de los exámenes preoperatorios y de la autorización de los procedimientos quirúrgicos requeridos direccionados a la **CLÍNICA MEDICAL DUARTE** a la que hizo referencia la **NUEVA EPS** en su escrito de contestación.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Al respecto, la señora **IRIS DRAGANOV CASIAN** manifestó que inicialmente la **NUEVA EPS** la remitió a la **CLÍNICA SANTA ANA** donde le fueron prescritos nuevamente todos los exámenes prequirúrgicos que ya le habían sido practicados 4 veces antes en la **CLÍNICA MEDICAL DUARTE**, los cuales ya fueron realizados en su totalidad.

Así mismo, expuso que no es cierto que ya le fueron autorizados los procedimientos quirúrgicos pues acudió a la **CLÍNICA MEDICAL DUARTE** donde le dijeron que no había autorización por parte de la **NUEVA EPS**, por lo que se dirigió el día de ayer a la sede física de la precitada EPS a preguntar qué había pasado y le dijeron que aún no tienen respuesta, que volviera el lunes 24 a preguntar.”

Bajo este panorama, al no haber acreditado la autoridad cuestionada haber autorizado los procedimientos quirúrgicos “EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL, PEXIA MAMARIA BILATERAL Y RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BILATERAL CON COLGAJO” ordenados en la sentencia de tutela en comento, se tienen por ciertas en aplicación de la presunción de la buena fe que a la fecha esto no se ha llevado a cabo, dilatando injustificadamente la materialización de dicha cirugía, prescrita desde hace más de un año por su médico tratante; razón por la cual concluye esta Unidad Judicial que la **NUEVA EPS** se encuentra en Desacato.

En consecuencia, se declarará en desacato a la señora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su calidad de **GERENTE ZONAL DE AL NUEVA EPS**, por ser la funcionaria encargada de dar cumplimiento a la orden judicial impuesta, a quien no sólo habrá de imponerse una sanción pecuniaria, sino que, **con fundamento en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, se procederá a imponer la sanción de arresto por tres (03) días a la prenombrada.**

Lo anterior, pese a que el superior funcional de esta Unidad Judicial al surtir el grado jurisdiccional de consulta de incidentes de desacato ha revocado esta sanción por encontrarla excesiva, considera esta Unidad Judicial que en el sub examine resulta necesario imponerla, pues la sanción pecuniaria por si sola no resulta en un medio coercitivo suficiente que obligue al cumplimiento de las sentencias de tutela que obligue al cumplimiento de las sentencias de tutela, por ello, a pesar de que se impidan este tipo de sanciones, los accionante a continúan radicando incidentes de desacato porque no se logra la efectividad de la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, cuando se impone la medida de arresto, al afectar el derecho a la libertad y locomoción, si se procura por parte de los responsables darle cumplimiento inmediato para evitar la limitación a los derechos mencionados, máxime al tratarse de la protección del derecho fundamental de salud, como ocurre en el sub examine, en el que la accionante expone la afectación a su calidad de vida que supone la no materialización de los servicios médicos prescritos.

2.5 Cuantificación de la sanción pecuniaria:

En atención a lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, el Despacho ordenará **SANCIONAR** a la señora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su calidad de **GERENTE ZONAL DE AL NUEVA EPS**, por incumplimiento al fallo de tutela sub exánime, al pago de su propio peculio, de tres (03) SMLMV, suma que deberá consignar a la cuenta bancaria dispuesta para el efecto por la DIRECCION SECCIONAL DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL DE CUCUTA, dentro del plazo de diez (10) días a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia, o en su defecto se compulsarán las copias pertinentes para su cobro coactivo.

En mérito de lo previamente expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA,**

RESUELVE

PRIMERO: SANCIONAR a la señora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su calidad de **GERENTE ZONAL DE AL NUEVA EPS**, por incumplimiento al fallo de tutela sub exánime, al pago de su propio peculio, de tres (03) SMLMV, suma que deberá consignar a la cuenta bancaria bancaria dispuesta para el efecto por la DIRECCION SECCIONAL DE LA ADMINISTRACION JUDICAL DE CUCUTA, dentro del plazo de diez (10) días a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia, o en su defecto se compulsarán las copias pertinentes para su cobro coactivo.

SEGUNDO: SANCIONAR a la señora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su calidad de **GERENTE ZONAL DE AL NUEVA EPS**, por incumplimiento al fallo de tutela sub exánime, al arresto por tres (03) días.

TERCERO: LIBRAR la respectiva **ORDEN DE CAPTURA AL C.T.I.**, para que proceda a la captura en contra de la doctora **JOHANA CAROLINA GUERRERO** en su condición de **Gerente Zonal de la NUEVA EPS**.

CUARTO: CONMINAR al doctor JOSE FERNANDO CARDONA URIBE, en su condición de Director Nacional de NUEVA EPS y la doctora SANDRA MILENA VEGA GOMEZ, en su condición de Gerente Regional Nororiental de la NUEVA EPS, superiores de la accionada, para que inicie todos los trámites pertinentes para lograr la sanción disciplinaria, si a ello hubiere el caso.

CONSULTAR esta decisión ante el Honorable **TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA, SALA LABORAL**, remitiendo para el efecto el expediente electrónico.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes lo resuelto en el presente proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Jueza.-



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

RADICADO N°: 54-001-31-05-003-2023-00138-00
PROCESO: TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: FABIO ANDRES SERRANO DIAZ
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA; EJÉRCITO NACIONAL

INFORME SECRETARIAL

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Al Despacho de la señora Juez, la presente acción de tutela, informando que fue recibida por reparto por correo electrónico de la fecha. Sírvase disponer lo pertinente.

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario

PROVIDENCIA- AUTO ADMITE TUTELA

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Por reunir los requisitos exigidos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se **ADMITE** la acción de tutela instaurada, por **FABIO ANDRES SERRANO DIAZ** en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA; EJÉRCITO NACIONAL**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Como consecuencia de lo anterior, se avoca conocimiento y se dispone:

1° **ADMITIR** la acción de tutela presentada por **FABIO ANDRES SERRANO DIAZ** en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA; EJÉRCITO NACIONAL**.

2° **NOTIFICAR** el inicio de la presente acción de tutela al **MINISTERIO DE DEFENSA** y al **EJÉRCITO NACIONAL**, con el fin de que ejerzan su derecho de defensa, si lo consideran pertinente, **dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia. Adjúntensele para tal fin copia de este auto y del escrito de tutela con sus anexos.**

3° **OFICIAR** al **MINISTERIO DE DEFENSA** y al **EJÉRCITO NACIONAL** para que, bajo las previsiones del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, independientemente si desean ejercer su derecho de oposición o no, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, se sirva informar qué trámite se le ha dado a la petición elevada el 27 de julio del año 2022 por el señor **FABIO ANDRES SERRANO DIAZ**. Aportar toda la documentación e información adicional que haya lugar al caso.

4° **OFICIAR** al señor **FABIO ANDRES SERRANO DIAZ** para que se sirva aclarar al Despacho si la petición cuya respuesta alega no haber sido brindada por la entidad accionada en efecto corresponde a la elevada el 27 de julio del año 2022, o a la radicada el 26 de septiembre del año 2022 visible en los anexos del escrito tutelar. En todo caso, aportar en su integridad el correo electrónico a través del cual se elevó la solicitud que fundamenta la presente acción de amparo, en la que se pueda verificar las direcciones electrónicas a las que se remitió la misma.

5° **NOTIFICAR** el presente auto a la parte accionante, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

6° **DAR** el trámite corresponde a la presente acción, una vez cumplido lo anterior

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA
Jueza.-



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN: TUTELA
RADICADO: 54001-31-05-003-2023-00115 -00
ACCIONANTE: PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN
ACCIONADOS: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN”
ASUNTO: SENTENCIA

Teniendo como fundamento lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamentos facticos de la acción:

Manifiesta el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN** que la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN”** negó el recurso de reconsideración presentado a través de su abogado, argumentando **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO**, debido a que el poder que le fue otorgado no se allegó con nota de presentación personal, argumentando que para este procedimiento no se aplica la Ley 2213 del 2022.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

El accionante invoca como vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y contradicción y defensa.

1.3. Pretensiones:

La parte actora, en aras de garantizar los derechos fundamentales anteriormente referidos, pretende se ordene a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** pronunciarse de fondo al recurso de reconsideración interpuesto.

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela se presentó el día 28 de marzo del año en curso, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, se dispuso su admisión a través de proveído de la misma fecha, notificándose tal actuación a los interesados para garantizar su derecho a la defensa.

1.5. Posición del extremo pasivo de la Litis:

La **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** se opuso a la prosperidad de la acción de amparo, argumentando que la misma resulta improcedente al contar el accionante con otro medio judicial de defensa ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que no acreditó ni siquiera de forma sumaria la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Aunado a ello, manifestó que actuó en el marco del debido proceso, pues mediante el auto No. 0312 del 28 de febrero del año 2023, confirmado mediante auto No. 0436 del 15 de marzo del año 2023, se indicó al accionante que, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1165 del 2019, el requisito de reconsideración debe ser interpuesto por el interesado o su apoderado judicial quien debe presentar el poder autenticado en notaría o mediante presentación personal ante cualquiera de las seccionales de la DIAN, sin que se hubiese negado al usuario dentro del procedimiento DP2023 2023 207 la posibilidad de presentar el recurso por vía electrónica.

2. CONSIDERACIONES.

2.1 Problema jurídico:

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a la tutela de la referencia, corresponde a esta instancia determinar inicialmente si *¿resulta procedente la acción de tutela para controvertir los actos administrativos a través de los cuales la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** inadmitió el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora?*

En caso de superar tal análisis de procedibilidad, en el fondo del asunto se debe analizar si *¿la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** trasgrede el derecho fundamental al debido proceso del señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, al inadmitir y archivar el recurso de reconsideración por él interpuesto en contra del acta de aprehensión y decomiso directo No. 0129 del 28 de enero del año 2023, por haberse presentado mediante apoderado judicial a quien le fue conferido poder sin autenticación o nota de presentación personal?*

2.2. Tesis del Despacho en relación con el problema jurídico planteado:

Considera el Despacho que la acción de tutela resulta procedente, pues si bien cuenta con un mecanismo ordinario para controvertir los actos administrativos proferidos por la accionada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el mismo no resulta eficaz pues someter al accionante a los términos de un proceso ordinario resulta desproporcionado tratándose de una discusión de índole procesal, la cual *prima facie* constituiría un exceso de ritual manifiesto.

Empero, analizado el fondo del asunto, se encontró que, si bien el argumento esbozado por la **DIAN** para inadmitir el recurso de reconsideración elevado por el accionante resulta errado, lo cierto es que, en todo caso, el prenombrado no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022 para conferir poder mediante mensaje de datos, por lo que habrá de negarse el amparo deprecado.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1 Subsidiariedad de la acción de tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia dispone que toda persona podrá incoar la acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede solo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre

que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador

En relación a la subsidiariedad, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sido enfática desde un inicio, en la necesidad de que el Juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia de tal regla, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 dicha Corporación, afirmó:

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."

De lo anterior, se advierte que por regla general la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa.

En virtud de lo anterior, las reglas a las que debe sujetarse el ejercicio de la acción de tutela y su correcta ejecución por parte de los jueces, permiten que con la misma, a la vez que se consigue el propósito de la protección de los derechos fundamentales, no se desplacen las acciones ordinarias y de paso se evite que por esta vía se llegue a desarticular el sistema de competencias y procedimientos propio del Estado Constitucional de derecho.

También ha expresado dicho organismo de control constitucional que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales; que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales y que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).

A efectos de concretar lo expuesto, vale la pena citar un aparte de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en la cual se sintetiza lo expuesto en precedencia, así:

“Con fundamento en las anteriores normas la Corte Constitucional ha indicado que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Sin embargo, también ha dicho que esta regla tiene dos excepciones que se presentan cuando la acción de tutela es: (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados. (Subraya y negrilla del despacho)

Al efecto, cuando la afectación de los derechos fundamentales proviene de una decisión adoptada por la administración en un acto administrativo de contenido carácter particular y concreto, la parte interesada puede si a bien lo tiene, hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, constatándose entonces la existencia de un mecanismo de defensa judicial ordinario. Con respecto a la eficacia del mismo, son muchas las elucubraciones que pudiesen realizarse, principalmente relacionadas con la congestión judicial y la demora para resolver este tipo de controversias.

No obstante, no podemos pasar por alto que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se ha dotado al Juez Contencioso Administrativos de mayores facultades para adoptar decisiones previas a la sentencia, facultades que han sido denominadas por el legislador como “medidas cautelares”, instituidas para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que ello implique prejuzgamiento. La adopción de dichas medidas cautelares, que ya no se limitan simplemente a la suspensión de los efectos del acto administrativo, sino que pueden ser también preventivas, conservativas o anticipativas, conlleva la aplicación de un trámite expedito que consiste en correr traslado a la contraparte por 5 días y resolver dentro de los 10 días siguientes, que en términos prácticos sería casi similar al que se ha dispuesto para la resolución de las acciones de tutela. Aún más allá, el artículo 234 de dicha norma procesal contempla la figura de las “medidas cautelares de urgencia”, mediante las cuales el juez de conocimiento de plano puede adoptar cualquier medida cautelar sin agotar el trámite anteriormente referido.

De tal manera, que al estar revestido el Juez Contencioso Administrativo de facultades similares a las que posee el Juez de tutela en tratándose de la adopción de medidas previas para garantizar la efectividad de los derechos reclamados, es pertinente dejar de lado aquella creencia de que se debe acudir a la acción de tutela simplemente porque la acción ordinaria contencioso administrativa es dispendiosa e ineficaz, ya que como se indicó anteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, existen dentro del procedimiento contencioso administrativo, mecanismos que permiten garantizar la eficacia y la protección de los derechos objeto de controversia.

2.4. Análisis del caso en concreto:

En el caso sub examine, el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, con la interposición de la presente acción de tutela, pretende le sea ordenado a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** dar trámite de fondo al recurso de reconsideración interpuesto, el cual fue inadmitido bajo el argumento de haber sido presentado mediante abogado sin haberle conferido poder mediante memorial autenticado en notaria o con nota de presentación personal.

En razón a ello, considera el Despacho inicialmente realizar el análisis del requisito de procedencia de subsidiariedad, habida cuenta que lo pretendido con la misma es en últimas controvertir un acto administrativo, lo cual acaece en dos situaciones: (i) cuando en el ordenamiento jurídico no existan otros mecanismos de defensa judicial, idóneos y eficaces, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados; y (ii) cuando, a pesar de su existencia, el accionante se encuentra expuesto a la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual, en principio, el amparo sería de carácter transitorio.

Al efecto, se tiene que con la presente acción de amparo el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN** pretende se le ordene a la **DIAN** resolver de fondo el recurso de reconsideración interpuesto en contra del *acta de aprehensión y decomiso directo No. 0129* de fecha 28 de enero del año 2023, el cual fue inadmitido mediante auto No. 0312 del 28 de febrero del año 2023, confirmado mediante auto 0436 del 15 de marzo siguiente. Es decir, que, con la misma la parte actora cuestiona la legalidad de los referidos acto administrativos, siendo el auto que confirmó la inadmisión del recurso de reconsideración, en los términos del artículo 43 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, un Acto Administrativo definitivo, pues decidió de fondo la procedencia de dicho recurso, contra el cual se indicó expresamente que no procede recurso alguno en sede administrativa, por lo que es sujeto de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues goza de presunción de legalidad.

Así, el accionante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para resolver lo pretendido mediante el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través del cual se realiza el control de legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto que pretende controvertir el prenombrado en el sub lite.

Empero, dado a que, como es bien sabido, los procesos ordinarios ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa pueden tardar varios meses en ser admitidos, considera esta Unidad Judicial que dicho mecanismo de defensa no resulta eficaz, pues someter al accionante a los términos de un proceso ordinario resulta desproporcionado tratándose de una discusión de índole procesal, la cual *prima facie* constituiría un exceso de ritual manifiesto; razón por la cual resulta imperiosa la intervención del Juez constitucional debiéndose estudiar el fondo del asunto.

Ahora bien, revisados los elementos documentales obrantes en el plenario, se tiene que el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN** interpuso el recurso de reconsideración en contra del *acta de aprehensión y decomiso directo No. 0129* del 28 de enero del año 2023, a través del abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO**, el cual fue inadmitido mediante auto No. 0312 del 28 de febrero del año 2023, indicándole al abogado que para dar trámite al mismo debía el poder original que le fue conferido con diligencia de presentación personal, de la siguiente manera:

Una vez revisada la actuación surtida dentro del expediente en mención, se evidencia que el memorial de recurso de reconsideración suscrito por el abogado **RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO**, identificado con la cedula de ciudadanía 13.440.622, y tarjeta profesional No. 53.076 del C.S de la J, en calidad de apoderado del señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.189.476 (folio 32) fue enviado por correo electrónico el 14/02/2022 como consta a folios 18 a 19 del expediente y adolece de presentación personal por parte de la persona que lo suscribe, además, este despacho observa que el poder visible a folio 32 no cuenta con diligencia de presentación personal.

La presentación personal puede ser realizada en cualquiera de las Direcciones Seccionales de la DIAN en todo el territorio nacional, indistintamente de la Seccional a la cual dirija su recurso o en el evento de no contar con una Dirección Seccional cercana a su domicilio podrá acreditar su presentación personal ante Notario público.

Se le indica al abogado **RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO**, identificado con la cedula de ciudadanía 13.440.622, y tarjeta profesional No. 53.076 del C.S de la J, que para ser reconocido como apoderado dentro del presente asunto deberá allegar el poder original debidamente conferido por **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.189.476, con diligencia de presentación personal, cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 74 del Código General del Proceso, puesto que lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022, para los poderes conferidos en las actuaciones judiciales, no es aplicable a la presente actuación administrativa.

Adicionalmente, se precisa al señor **RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO** que, al no estar reconocido en la actuación administrativa como apoderado, debe cumplir con el requisito de presentación personal del recurso de reconsideración previsto en el numeral 3 del artículo 702 del Decreto 1165 de 2019.

Bajo esta premisa, el recurso de Reconsideración debía interponerse directamente por el destinatario del acto que se impugna o por su apoderado o por su representante legal, en cuyo caso se acreditara la personería, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 702 del Decreto 1165 de 2019.

Las consideraciones expuestas determinan que debe inadmitirse el memorial de recurso de reconsideración interpuesto por el abogado **RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO**, identificado con la cedula de ciudadanía 13.440.622, y tarjeta profesional No. 53.076 del C.S de la J, en calidad de apoderado del señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.189.476, por las razones expuestas anteriormente.

De conformidad con el inciso ultimo del artículo 703 del Decreto 1165 de 2019, se advierte que, no es subsanable el incumplimiento de la causal prevista en el numeral dos del artículo en mención y que el auto que resuelve el recurso de reposición determinará la admisión del recurso de reconsideración cuando los requisitos sean subsanados o, en caso contrario, confirmará la inadmisión, el archivo del expediente y su devolución a la dependencia de origen.

A su vez, el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, mediante el abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO**, radicó recurso de reposición en contra dicho auto, manifestado que el Código General del Proceso y la Ley 2213 del 2022 establecen posibilidad de conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital, desconociendo los precedentes jurisprudenciales que incentivan el uso de los medios tecnológicos en las actuaciones judiciales y administrativas.

Finalmente, la decisión de inadmitir el recurso de reconsideración fue confirmada por la **DIAN** a través de auto No. 0436 del 15 de marzo hogaño, argumentando que en el asunto no se discute el uso de las tecnologías de la información en las actuaciones ante la **DIAN** pues no se le ha restringido el acceso a las mismas, sino el incumplimiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 3 del Decreto 1165 de 2019 que dispone que el recurso de reconsideración debe interponerse directamente por el destinatario del acto que se impugna o por su apoderado, caso en el que se debe acreditar la personería, lo cual no se llevó a cabo al presentar el poder conferido al abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO** en un memorial sin autenticar y sin nota de presentación personal, sin que tampoco se hubiese subsanado con la interposición del recurso de reposición, considerando además que lo establecido en el Código General del Proceso y en la Ley 2213 del año 2022 en lo relativo a la presentación del poder por mensaje de datos sin firma o manuscrita digital no es aplicable al asunto dado a que la **DIAN** no ejerce funciones jurisdiccionales y ante la existencia de una norma especial.

Al respecto, inicialmente considera el Despacho que el argumento para desacreditar la postulación del abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO**, consistente en que el Código

General del Proceso y la Ley 2213 que lo complementa, no es aplicable al procedimiento administrativo que se adelanta pues aplica la norma especial contenida en el artículo 3 del Decreto 1165 de 2019¹, carece de sustento jurídico, pues el mencionado Decreto remite en aspectos no regulados, entre otros, al Código General del proceso, sin que en la normativa alegada se disponga taxativamente que la forma de acreditación de personería, por lo que es posible la remisión a dicha norma.

Si bien es cierto, cuando la Ley 2213 de 2022, definió su objeto en el artículo 1º dispuso expresamente que la implementación de las tecnologías de la información y comunicaciones, se adoptaría en las actuaciones judiciales, de las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales y procesos arbitrales, las cuales no son ejercidas por la DIAN, no es menos que, no impide que por analogía se aplique dicha normatividad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional en Sentencia C-420 del 2020 al realizar el control de constitucionalidad del Decreto 806 del 2020, cuya vigencia permanente se estableció mediante la Ley 2213 del 2022, analizó de manera detalladas las modificaciones realizadas a las disposiciones de carácter procesal y en particular, consideró que el mismo satisface el juicio de conexidad material, pues este *“... exige que las modificaciones a los estatutos procesales, con el propósito de contribuir a agilizar los procesos, sean únicamente aquellas directamente relacionadas con la afectación que la emergencia haya causado a la prestación del servicio de administración de justicia. En este caso, a diferencia de lo que afirman los intervinientes, la Sala Plena considera que todas las modificaciones a los estatutos procesales previstas en el segundo eje temático guardan una relación directa con las causas que dieron lugar a declarar la emergencia y buscan mitigar la agravación de sus efectos en la prestación del servicio público de administración de justicia. En efecto, los artículos 5º a 15º del Decreto sub examine únicamente eliminan etapas procesales o requisitos formales que ralentizaban el trámite de los procesos o que suponían la realización de trámites presenciales y, por tanto, implicaban un riesgo de contagio o un agravamiento de la congestión judicial. Por ello, satisfacen el juicio de conexidad material.”*

En concordancia con lo manifestado por la Corte Constitucional, considera este Despacho que la finalidad de la Ley 2213 del 2022 es la eliminación de etapas procesales y requisitos formales que ralentizan el ejercicio de la administración, lo que supone un avance para el acceso eficiente a la misma, principio rector del Régimen Aduanero (numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1165 del 2019), por lo que el argumento esbozados en los actos administrativos cuestionados resultan insuficientes para la aplicación de la misma, máxime cuando esto supone el ejercicio de cargas excesivas que entorpecen el despliegue de la administración.

En este sentido, procederá esta Unidad Judicial a evaluar el cumplimiento de las exigencias mínimas para conferir poder especial mediante mensaje de datos, tal y como lo alega el accionante.

¹ **Artículo 702. Requisitos del recurso de reconsideración.** El recurso de reconsideración deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Formularse por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad. Dentro del mismo escrito podrá solicitar y aportar las pruebas.

2. Interponerse dentro de la oportunidad legal.

3. **Interponerse directamente por el destinatario del acto que se impugna o por su apoderado o por su representante legal, en cuyo caso se acreditará la personería.** No requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. También podrá ser interpuesto por un agente oficioso. En este caso, la persona por quien obra ratificará la actuación del agente dentro del término de dos (2) meses, contados a partir de la interposición del recurso. Si no hubiere ratificación se entenderá que el recurso no se presentó.

No se requerirá acreditar la personería al apoderado a quien ya se le hubiere reconocido tal calidad dentro de la actuación de que se trate.

Solo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá también acreditar tal calidad.” (Resaltado del Despacho)

Sobre el particular, el artículo 5 de la Ley 2213 del año 2022, a través de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 del 2020, se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones, dispone:

“ARTÍCULO 50. PODERES. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.

Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.”

En estos términos, para que un poder pueda ser aceptado requiere: (i) Un texto que manifieste inequívocamente la voluntad de otorgar poder, con, al menos, los datos de identificación de la actuación para la que se otorga y las facultades que se otorgan al apoderado; (ii) Antefirma del poderdante, la que naturalmente debe contener sus datos identificatorios; y (iii) Un mensaje de datos, transmitiéndolo.

Sobre la relevancia de acreditar la fuente del mensaje de datos, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“(…) De conformidad con lo anterior, y específicamente con lo reglado en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, un poder para ser aceptado requiere: i) Un texto que manifieste inequívocamente la voluntad de otorgar poder, con, al menos, los datos de identificación de la actuación para la que se otorga y las facultades que se otorgan al apoderado. ii) Antefirma del poderdante, la que naturalmente debe contener sus datos identificatorios. Y, iii) Un mensaje de datos, transmitiéndolo. **Es evidente que el mensaje de datos le otorga presunción de autenticidad al poder así conferido y reemplaza, por tanto, las diligencias de presentación personal o reconocimiento.**

(…)

Sin embargo, es de cargo del abogado demostrarle a la Administración de Justicia que el poderdante realmente le otorgó poder. Para tal efecto **es menester acreditar el “mensaje de datos” con el cual se manifestó esa voluntad inequívoca de quien le entrega el mandato. Y lo es porque en ese supuesto de hecho es que está estructurada la presunción de autenticidad.** Tanto el artículo 5° del Decreto 806 de 2020, como el 6° del Acuerdo 11532 de 2020, le imponen esas cargas procesales al abogado que ejerce en tiempos de pandemia por cuenta del COVID-19. Cuando el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 consagra que “Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos”, lo que está indicando es que el poderdante, para el caso JUAN FRANCISCO SUÁREZ GALVIS, debe remitir, por ejemplo, por correo electrónico dicho poder o por “Intercambio Electrónico de Datos (EDI)”, bien sea directamente a la autoridad judicial o así dárselo a conocer a su abogado, para que éste vía electrónica lo ponga de presente a la Administración de Justicia.”²

Precisado lo anterior, de los elementos recaudados en el plenario, se advierte que el abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO** interpuso el recurso de reconsideración en comentario vía correo electrónico, aportado el memorial poder en un folio³, con firma manuscrita, sin demostrar en esta instancia que, en sede administrativa aportó la respectiva constancia o certificación de mensaje de datos que acredite la remisión del poder por parte del poderdante a su apoderado,

² Auto del 03 de septiembre de 2020, radicado 55194

³ Página 50 archivo 002 del expediente electrónico.

situación a la que tampoco hizo referencia el señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN** en el trámite tutelar.

En consecuencia, colige esta Judicatura que, más allá que no se comparta la hermenéutica utilizada por la **DIAN** para el ejercicio de postulación del abogado **RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO** para interponer el recurso de reconsideración alegado, al no haber cumplido las exigencias establecidas en la Ley 2213 del 2022 para acreditar la personería del abogado mediante mensaje de datos, se omitió a su vez el requisito de procedencia de dicho recurso de reconsideración, la decisión adoptada por la entidad accionada de inadmitir el mismo no vulnera el derecho fundamental al debido proceso del señor **PABLO ALFONSO MARIÑO DURAN**, razón por la cual habrá de negarse el amparo tutelar deprecado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo tutelar invocado, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERRA MOLINA

Jueza.-



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN: TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RADICADO: 54001-31-05-003-2023-00114-00
ACCIONANTE: CARMEN CELINA CONTRERAS BUENDIA
ACCIONADOS: NUEVA EPS; SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA
DECISIÓN: SENTENCIA

Teniendo como fundamento lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamentos fácticos jurídicamente relevantes:

Manifiesta la accionante que es una persona con discapacidad en virtud del diagnóstico “ARTROSIS, TRASTORNOS DE ANSIEDAD Y FIBROMIALGIA” que padece, por lo que solicitó ante la **NUEVA EPS**, a la cual se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, la expedición del *carnet de afiliado como persona con discapacidad* , el cual fue negado por esta entidad argumentando que previamente debe aportar la certificación de discapacidad ante la secretaría de salud municipal.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

El accionante invoca como trasgredidos sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

1.3. Pretensiones:

En el caso bajo estudio, la accionante en amparo de sus derechos fundamentales anteriormente referidos, pretende le sea ordenado a la **NUEVA EPS** generar el *carnet de afiliado al régimen subsidiado como persona con discapacidad* .

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela se presentó el 28 de marzo de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, se dispuso su admisión a través de proveído de la misma fecha, notificándose tal actuación a los interesados para garantizar su derecho a la defensa.

1.5. Posición del extremo pasivo de la litis:

1.5.1 La **NUEVA EPS** se opone a la prosperidad de la acción de amparo, argumentando que tal y como le fue informado a la accionante, para que esta entidad pueda marcar en su sistema a la usuaria con discapacidad y emitir el respectivo carnet, es necesario que realice previamente el procedimiento establecido en la Resolución No. 113 del 2020 para la expedición del certificado

de discapacidad, lo cual es de competencia exclusiva de la Secretaría de Salud Municipal, quien designará las IPS autorizadas para ello, trámite en el que no interviene como EPS.

1.5.2. La **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA** solicita su desvinculación de la acción de tutela al considerar que es la **NUEVA EPS** la encargada de garantizar el derecho fundamental a la salud alegado y que los afiliados al sistema de salud no necesitan de un documento extra, como el carnet de afiliado solicitado o el certificado de discapacidad, para reclamar un servicio de salud, por lo que considera que la respuesta brindada por la **NUEVA EPS** genera confusión en la accionante, ya que el certificado de discapacidad no es un documento idóneo para el reclamo de un derecho fundamental.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico:

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a la tutela de la referencia, corresponde a esta instancia resolver el siguiente problema jurídico: *Determinar si ¿la **NUEVA EPS** transgrede los derechos fundamentales a la salud y a la vida de **CARMEN CELINA CONTRERAS BUENDÍA**, al negar la expedición de carnet que la identifique como usuaria con discapacidad?*

2.2. Tesis del Despacho:

Para esta instancia, en el caso sub examine, no se vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida invocados por la accionante, pues no se encontró acreditado que la prenombrada tuviera algún servicio médico pendiente por materializar que se estuviese impidiendo por no contar con el carnet pretendido, así como tampoco que hubiese adelantado el trámite administrativo dispuesto para la certificación de discapacidad, como se expondrá a continuación, esta condición debe ser verificada por la IPS autorizada para tal efecto, limitándose la responsabilidad de la EPS a garantizar la prestación de servicios en salud para la obtención de la historia clínica que será evaluada para tal efecto, situación que tampoco se demostró que fuese negada por la **NUEVA EPS**.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables:

2.3.1.1. Generalidades de la acción de tutela:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la *“protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”* (Negrilla fuera de texto). Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

2.3.1.2. Del Derecho fundamental a la Salud:

La H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha creado una línea jurisprudencial en relación con la procedencia de adquirir la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de arraigo fundamental al ser humano, por este motivo es deber tanto del Estado, como de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.¹

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*² Esta definición indica la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; así lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”*.

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido presupuestos para la procedencia del amparo del derecho a la salud por vía de tutela, estableciendo que deben presentarse los siguientes casos: *“(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”*³

La salud, en su concepción de derecho fundamental, debe ser garantizada bajo criterios de dignidad humana que exigen su protección tanto en la esfera biológica del ser humano como en su esfera mental. En este sentido, el derecho a la salud no solo protege la mera existencia física de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

Es así, que para que se materialice la protección del derecho fundamental a la salud todas las entidades prestadoras del servicio deben procurar que sus afiliados puedan tener un goce efectivo, óptimo y oportuno del mismo, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.⁴

2.3.2. Caso en concreto:

En el caso sub examine, la señora **CARMEN CELINA CONTRERAS BUENDÍA** con la interposición de la presente acción de tutela, en amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, pretende le sea ordenado a la **NUEVA EPS** la expedición de un *carnet de afiliado al régimen subsidiado como persona con discapacidad*.

¹ Sentencia T-999/08.

² Sentencia T-597/93, reiterada en las sentencias T-454/08 y T-566/10.

³ Sentencia T-999/08.

⁴ Sentencia T-816/08.

Por su parte, la **NUEVA EPS** al ejercer su derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de la acción de amparo, argumentando que tal y como le fue informado a la accionante, para que esta entidad pueda marcar en su sistema a la usuaria con discapacidad y emitir el respectivo carnet, es necesario que realice previamente el procedimiento establecido en la Resolución No. 113 del 2020 para la expedición del certificado de discapacidad, lo cual es de competencia exclusiva de la Secretaría de Salud Municipal, quien designará las IPS autorizadas para ello, trámite en el que no interviene como EPS.

A su vez, esta Unidad Judicial al avocar conocimiento de la presente acción de amparo, dispuso vincular al extremo pasivo de la litis a la **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA**, requiriéndola para que informara si la accionante inició el trámite administrativo para la expedición del certificado de discapacidad, entidad tal que al contestar la acción de amparo se limitó a solicitar su desvinculación considerando que es la **NUEVA EPS** la encargada de garantizar el derecho fundamental a la salud alegado y que los afiliados al sistema de salud no necesitan de un documento extra, como el carnet de afiliado solicitado o el certificado de discapacidad, para reclamar un servicio de salud, por lo que considera que la respuesta brindada por la **NUEVA EPS** genera confusión en la accionante, ya que el certificado de discapacidad no es un documento idóneo para el reclamo de un derecho fundamental.

Al efecto, la Resolución 113 de 2020 implementa la Certificación de Discapacidad y el Registro para la Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad - RLCPD, como mecanismos para certificar, localizar y caracterizar a las personas con discapacidad y se adopta el anexo técnico denominado “Manual Técnico de Certificación y Registro de Discapacidad” que hace parte integral de este acto administrativo, en el que se establece que:

“Artículo 8. Orden para certificación de discapacidad. La persona interesada en realizar el procedimiento de certificación de discapacidad o excepcionalmente, su representante, según lo establecido por el artículo 6 de esta resolución, lo solicitará ante la secretaría de salud distrital o municipal de su lugar de residencia, allegando la historia clínica que incluya tanto el diagnóstico (CIE-10) relacionado con la discapacidad, emitido por el médico tratante del prestador de servicios de salud de la red de la EPS a la que se encuentre afiliado el interesado, como los soportes de apoyo diagnóstico.

La secretaria de salud verificará que la historia clínica contenga la información a que refiere el artículo anterior y en tal evento, expedirá la orden para la realización del referido procedimiento, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud e indicará la red de IPS por ella autorizada y los datos de contacto para la asignación de citas.

En la orden se debe especificar:

8.1. Si se requiere que la consulta por equipo multidisciplinario de salud sea institucional o domiciliaria, de acuerdo con lo establecido por el médico tratante.
8.2. Las necesidades de apoyos y ajustes razonables, cuando el médico tratante las haya establecido, de acuerdo con la siguiente clasificación:

- a. Movilidad
- b. Comunicación y acceso a la comunicación
- c. Persona de apoyo

Parágrafo. La realización del procedimiento de certificación de discapacidad en modalidad domiciliaria será excepcional, y procederá únicamente por orden expresa del médico tratante.”

De acuerdo con esto, corresponde a la secretaría de salud municipal la programación de la cita en la ips autorizada para la expedición del certificado de discapacidad que reclama el accionante.

Frente a este procedimiento de expedición del certificado de discapacidad, en la norma señalada se refiere que la responsabilidad de la EPS dentro de este trámite se ciñe a lo siguiente:

“Artículo 21. Responsabilidades de las EPS y de las entidades adaptadas. Para efectos de la solicitud de realización del procedimiento de certificación de discapacidad, las EPS y las entidades adaptadas, garantizarán a sus afiliados, el acceso a la prestación del servicio que les permita la valoración con su médico tratante para la obtención de la historia clínica en la que se incluya el diagnóstico (CIE-10) relacionado con la discapacidad, los soportes de apoyo diagnóstico y la determinación de apoyos y ajustes razonables que se requieran.”

Por ello, el deber la EPS es el de garantizar los servicios en salud que requieran sus usuarios y en particular, los requeridos para que el médico tratante proporcione una historia clínica en la que se incluya el diagnóstico (CIE-10) relacionado con la discapacidad, los soportes de apoyo diagnóstico y la determinación de apoyos y ajustes razonables que se requieran.

Así mismo, el Decreto Ley 2106 del 2019 “*Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública*”, dispone en su artículo 99 lo siguiente:

“PROHIBICIÓN DE LA EXIGENCIA DE CARNÉ O CERTIFICADO DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud no exigirán al afiliado carné o certificado de afiliación a la Entidad Promotora de Salud, para la prestación de los servicios que esta debe garantizar.

La consulta de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se hará por parte de la entidad pública o privada que requiera conocer esta información, consultando en línea en los registros en la base de datos que determine el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.”

En este sentido, dado que no resulta necesario poseer carnet de afiliación alguno para la garantía de los servicios de salud que debe prestar la **NUEVA EPS**, así como tampoco se demostró en el plenario que a la señora **CONTRERAS BUENDÍA** le hayan sido ordenados servicios médicos pendientes por autorizar o materializar por la referida entidad, o que la no obtención de dicho carnet suponga una barrera para el acceso a los mismos, no se trasgreden sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, así como tampoco resulta desproporcionado que la **NUEVA EPS** requiera para la actualización de su sistema la presentación previa del certificado de discapacidad establecido en la Resolución 113 de 2020, por haberse fijado en la misma un procedimiento especial, a través de las entidades acreditadas y los profesionales idóneos, quienes deberán acreditar dicha condición acorde la debida evaluación de su historia clínica, el cual no ha sido adelantado por la prenombrada.

Así las cosas, por no advertirse trasgresión o amenaza a los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora **CARMEN CELINA CONTRERAS BUENDÍA**, habrá de negarse el amparo tutelar deprecado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo tutelar invocado por la señora **CARMEN CELINA CONTRERAS BUENDÍA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Jueza.-

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO LABORAL DE CIRCUITO DE CÚCUTA

DATOS GENERALES DEL PROCESO	
FECHA AUDIENCIA:	19 de abril 2023
TIPO DE PROCESO:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICADO:	54001-31-05-003-2019-00343
DEMANDANTE:	JORGE LUIS ESCALONA LINARES
APODERADO DEL DEMANDANTE:	KAREN AMALFI BAYONA PÉREZ
DEMANDADA:	CENTRO PSICOLOGÍA Y TERAPIA IPS SAS
REPRESENTANTE LEGAL DEMANDADA:	GLORIA ESTELLA GELVEZ DE GOMEZ
APODERADO DEL DEMANDADO:	WALDO ALBERTO EBREO NUÑEZ
VÍNCULO DE AUDIENCIA:	
2019-00343 AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN-20230419 140800-Grabación de la reunión.mp4	
INSTALACIÓN	
Se instala la audiencia dejando constancia de la asistencia de las partes y sus apoderados judiciales.	
AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN ART.77 CPTSS	
Se declara clausurada esta etapa procesal, toda vez que las partes no allegaron a un acuerdo conciliatorio.	
DECISIÓN EXCEPCIONES PREVIAS ART.32 CGP	
<p>El apoderado de la parte demandada interpuso la excepción previa de cosa juzgada. Se le corre traslado a la parte demandante.</p> <p>DECISIÓN: Se declara no probada la excepción previa de cosa juzgada y dispondrá continuar con el trámite del proceso.</p>	
RECURSO DE APELACIÓN	
<p>El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación contra el auto que declaro no probada la excepcion previa de cosa juzgada.</p> <p>DECISIÓN: CONCEDER EL RECURSO DE APELACIÓN en el efecto devolutivo. REMITIR el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Cúcuta para que se surta la alzada.</p>	
SANEAMIENTO DEL PROCESO	
<p>No se observaron causales de nulidad o irregularidad procesal que invaliden lo actuado o que impida dictar una sentencia de fondo.</p> <p>El despacho ordena continuar con el proceso y abstenerse a dictar medidas de saneamiento.</p>	
FIJACIÓN DEL LITIGIO	
<p>Teniendo en cuenta los hechos y pretensiones de la demanda, como la respectiva contestación, se fijará el litigio en lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si el señor JORGE LUIS LINARES ESCALONA, para el periodo que va del 26/06/2016 al 16/03/2019, prestó sus servicios al Centro de Psicología y Terapia IPS, bajo la modalidad de un contrato de trabajo o si su vinculación fue autónoma e independiente, regida por un contrato de prestación de servicios civiles conforme lo alega la parte demandada en la contestación de la demanda. 2. Una vez se establezca lo anterior y al acreditarse la existencia de un contrato de trabajo, deberá establecer este Despacho si el demandante tiene derecho al pago de cesantías e intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, la 	

indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual se verá determinar si el Centro de Psicología y Terapias IPS, actuó de mala fe al sustraerse del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o si por el contrario se considera que existió buena fe al entender que el vínculo laboral con el demandante tenía una naturaleza diferente.

3. Sí opera la excepción de prescripción frente a los derechos reclamados en la demanda y si el demandante, ejerció las acciones despectivas para reclamar su reconocimiento dentro de los 3 años que se refiere el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

En los anteriores términos queda fijado el litigio, sin perjuicio de que este Despacho al momento de dictar la correspondiente sentencia se pronuncie sobre los demás aspectos y excepciones que son planteados por la parte demandada.

DECRETO DE PRUEBAS

PARTE DEMANDANTE

Documentales: Se ordenó tener como pruebas las documentales aportadas a la demanda.

Interrogatorio de parte: Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la entidad demandada

Testimoniales: Se decretó el testimonio de **INGRID MAURA LABRADOR, DANI EDUARDO BONILLA ESPINEL, FELIX MARIO COROMOTO TOBA RANGEL, LAURAMILENA SERRANO.**

PARTE DEMANDADA

Documentales: Se ordenó tener como pruebas las documentales aportadas a la contestación de la demanda.

Interrogatorio de parte: Se decretó el interrogatorio de parte del demandante.

Testimoniales: Se decretó los testimonios de **MARIA TRANSITO MUÑOZ, JORGE RAMIREZ MANTILLA, CARLA SANCHEZ RUBIO.**

SE PROGRAMA AUDIENCIA PARA TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EL DÍA 19 DE MAYO DE 2023 A LAS 9:00AM

FINALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se anexa al expediente la presente acta y la correspondiente grabación de audiencia.



MARICELA C. NATERA MOLINA
JUEZ

LUCIO VILLAN ROJAS
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

RADICADO N°: 54-001-31-05-003-2022-00269-00
PROCESO: APERTURA INCIDENTE DE DESACATO
ACCIONANTE: BALBINO TARAZONA CACERES
ACCIONADO: NUEVA EPS

INFORME SECRETARIAL

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Al Despacho de la señora Juez, el presente Incidente de desacato seguido dentro de la acción de tutela, informándole que no se ha dado respuesta por la entidad accionada del requerimiento que se le hiciera para cumplimiento del fallo de tutela. Sírvase disponer lo pertinente.

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario

PROVIDENCIA – AUTO RESUELVE SOBRE APERTURA INCIDENTE

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Teniendo en cuenta el anterior informe y constatándose la veracidad del mismo, se hace procedente ordenar la apertura del presente incidente de desacato en contra del **Dr. doctor JOSE FERNANDO CARDONA URIBE** y **SANDRA MILENA VEGA GOMEZ**, en su condición de **Director Nacional y Gerente Regional Nororiental de la NUEVA EPS** y la Gerente Zonal de esa entidad Dra. **JOHANA CAROLINA GUERRERO**, por incumplimiento del fallo de fecha 07 de septiembre de 2022, proferido dentro de la acción de tutela radicada bajo el **No. 54001-31-05-003-2022-00269-00**, seguido **BALBINO TARAZONA CACERES** contra la **NUEVA EPS** y se ordena correr traslado del mismo por el término de uno (01) día para los fines que estimen pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario