



**DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR  
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD  
VALLEDUPAR – CESAR**

**Valledupar, veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020).**

**RADICADO 20001-40-03-001-2019-00553-01**

**Referencia:** INCIDENTE DE DESACATO - CONSULTA  
**Accionante:** NORIS ISABEL HERRERA HERNANDEZ  
**Accionado:** FAMISANAR E.P.S-S

Procede el despacho a resolver la consulta de la providencia adiada el veinte (20) de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, decidió sancionar a la doctora LILIA ROSA ARAUJO MAYA, en calidad de Gerente Regional Zona Caribe de Famisanar EPS y su superior jerárquico doctor ELIAS BOTERO MEJÍA, en su condición de Presidente de Famisanar EPS, dentro del asunto de la referencia, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

Así se observa que el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, dispone:

***“Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.***

***Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.***

*Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.*

***En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*** (Negrilla fuera del texto original).

Así pues, dentro de un incidente de desacato se debe: i) requerir al superior jerárquico del responsable por 48 horas; ii) darle apertura formal al incidente y darle traslado al responsable, por 3 días, también puede abrirse en contra del superior jerárquico; iii) surtido este paso, el juez practicará las pruebas solicitadas y ordenará de oficio las que estime convenientes; iv) se decidirá el incidente y se notificará; y v) se remitirá el expediente en consulta ante el Superior, en caso de que sea procedente.

En la sentencia SU-0034 de 2018 la Corte Constitucional explicó sobre los trámites de **cumplimiento** e **incidente de desacato** lo siguiente:

***“La tarea del juez que instruye un incidente de desacato consiste, entonces, en examinar si la orden proferida para la protección de un derecho fundamental fue cumplida, o no, por su destinatario, en la forma prevista en la respectiva decisión judicial. Esto excluye que en el trámite del desacato puedan hacerse valoraciones o juicios que hayan sido objeto de***

*debate en el respectivo proceso de tutela, pues ello implicaría reabrir una controversia que ya ha concluido, en detrimento de la seguridad jurídica y el principio de cosa juzgada.*

*En este orden de ideas, la autoridad que adelante el incidente de desacato se debe limitar a verificar los siguientes aspectos: (i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso.*

*Empero, esta Corporación ha admitido en determinados eventos la posibilidad de que el juez instructor del desacato module las órdenes de tutela –particularmente tratándose de órdenes complejas en tanto no pueden materializarse inmediatamente y precisan del concurso de varios sujetos o entidades (v.gr. asuntos de política pública)– en el sentido de que incluya una orden adicional a la principal o modifique la misma en sus aspectos accidentales –es decir, en lo relacionado con las condiciones de tiempo, modo y lugar–, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, respetando el principio de cosa juzgada y sin alterar el contenido esencial de lo decidido originalmente, de conformidad con los siguientes parámetros o condiciones de hecho:*

*(a) Porque la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane;*

*(b) Porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público –caso en el cual el juez que resuelve modificar la orden primigenia debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz–;*

*(c) Porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.*

*Por otra parte, en el proceso de verificación que adelanta el juez del desacato, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo.*

*En este contexto cobra vertebral importancia un juicio adecuado en torno a la responsabilidad subjetiva en cabeza del destinatario de la orden de tutela, pues no basta con constatar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso para dar por supuesta una actitud indolente por parte del mismo. Es por esto que se ha sostenido 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”.*

*De allí se desprende que corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado– pues si no hay contumacia o negligencia*

*comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción.*

*En la misma línea, es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato exige una plena observancia del debido proceso, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “si el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva”, al paso que “si el auto que decide el desacato absuelve al inculgado, se puede incurrir en vía de hecho si la absolución es groseramente ilegal.”*

*La garantía del debido proceso en el marco del trámite incidental del desacato, ha sido caracterizada por vía jurisprudencial en los siguientes términos:*

*“No puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental, lo cual presume que el juez, sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior.”*

*Acerca de la finalidad que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Sala Plena de esta Corte y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada; de suerte que no se persigue reprimir al renuente por el peso de la sanción en sí misma, sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados.”*

Pues bien, se encuentra que la accionante mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2019, presentó incidente de desacato en contra de FAMISANAR E.P.S-S por incumplimiento del fallo de tutela del 4 de Octubre de 2019, proferido a su favor por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar.

Ahora, analizada la actuación procesal surtida por el Juzgado cognoscente, evidencia este despacho que el trámite surtido dentro del incidente no se ajusta a lo estatuido por la normatividad y la jurisprudencia constitucional, como quiera que, no se agotó la práctica de pruebas a fin de verificar el dicho de la incidentante, ni mucho menos se constataron las razones por las cuales la accionada no ha procedido con el cumplimiento de la orden de tutela, así como tampoco se señaló en la decisión consultada las razones para prescindir de dicha etapa.

Así pues, como quiera que no se agotó la etapa probatoria dentro de este asunto, resulta claro que, no puede confirmarse la sanción impuesta a la doctora LILIA ROSA ARAUJO MAYA, en calidad de Gerente Regional Zona Caribe de Famisanar EPS y su superior jerárquico doctor ELIAS BOTERO MEJÍA, en su condición de Presidente de Famisanar EPS, toda vez que, dicha decisión no fue adoptada con observancia plena de sus garantías al debido proceso, lo que configura la nulidad constitucional establecida en el art. 29 de la C.N. que reza: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”*

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-217 de 1996, estableció:

*“La Corte debe afirmar que las garantías procesales, derivadas del artículo 29 de la Constitución, obligan de manera directa y preferente, superponiéndose a las disposiciones legales, anteriores o posteriores a la Constitución, que les sean contrarias o que pudieran llevar a consecuencias prácticas lesivas del derecho fundamental que la Carta Política quiso asegurar.*

*Por lo tanto, según lo dispone el artículo 85 de la Constitución, el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible.”*

Así las cosas, se precisa que resulta válido declarar la nulidad del presente trámite incidental de desacato, a partir del auto que admitió el incidente, exclusive, para que el Juez de primera instancia rehaga la actuación con apego a lo establecido en la Jurisprudencia Constitucional y a las normas que lo regulan, garantizando a todas las partes el derecho al debido proceso.

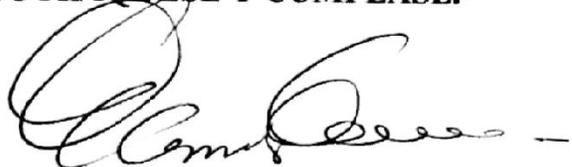
Por lo anterior se,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** del trámite del incidente de desacato radicado: **20001-40-03-001-2019-00553-01**, en el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, promovido por **NORIS ISABEL HERRERA HERNANDEZ**, contra **FAMISANAR E.P.S.**, a partir del auto que admitió el incidente, exclusive

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión al Juzgado de origen, para que rehaga la actuación, con observancia plena del debido proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



**DANITH CECILIA BOLÍVAR OCHOA**  
Juez.

S.F