



Sincelejo, quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Incidente de Desacato de Tutela

Expediente No. 70001.33.33.005.2017.00289.00. (2)

Incidentista: Luz Marina Esquivel

Incidentado: EMDISALUD EPS

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir el incidente de desacato propuesto por la señora Luz Marina Esquivel Castellanos contra EMDISALUD EPS, por el presunto incumplimiento a la sentencia de tutela proferida por este Despacho el 27 de octubre de 2017.

I. ANTECEDENTES

El 01 de noviembre de 2017, la señora Luz Marina Esquivel presentó memorial por medio del cual indica que la accionada EMDISALUD E.P.S. se encuentra incumpliendo las obligaciones impuestas en la sentencia de fecha 27 de octubre del año 2017, proferida por esta unidad judicial, colocándose en peligro la vida e integridad personal de su padre Pablo Simón Esquivel Guerra.

En razón de lo anterior, solicita se impongan las sanciones de ley (arresto) al Gerente y Representante Legal de la EPS EMDISALUD.

Anexo al escrito de incidente se encuentra el Certificado de existencia y representación legal de la empresa EMDISALUD, entidad representada legalmente por el señor Jorge Nicolás Olano Mejía.

II. TRAMITE

Mediante auto de fecha 07 de noviembre de 2017¹, este Despacho atendiendo lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014, procedió a evaluar la realidad del incumplimiento del fallo de tutela, razón por la cual se ofició a la entidad incidentada para que informara si había dado cumplimiento al fallo de Tutela de fecha 27 de octubre de 2017, y en caso negativo, justificara el porqué de su omisión y que actividades ha realizado para acatar lo ordenado por este Despacho.

Frente a la anterior orden, la entidad guardo silencio a pesar de haber sido notificada a través de su correo electrónico para notificaciones judiciales publicado en su página web² y en el certificado de existencia y representación legal.

Posteriormente el incidente fue admitido a través de auto de fecha 20 de noviembre de 2017, y notificado a la incidentada el 21 de noviembre (folios 13 – 15 del expediente), sin embargo nuevamente el representante de la incidentada guardo silencio.

El 29 de noviembre la incidentista presenta escrito por medio del cual insiste se imponga las sanciones de ley al representante de EMDISALUD, solicitando además, se compulsen copias a la Fiscalía Seccional de Sincelejo en donde formuló denuncia penal por delitos de fraude procesal en concurso heterogéneo con el delito de fraude a resolución judicial, por el cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia.

El Despacho a través de auto de fecha 01 de diciembre de 2017, requirió por última vez, previo a resolver sobre la imposición de sanción, al Gerente de la EPS EMDISALUD, Sr. Pablo Simón Esquivel Guerra, otorgándole un término de tres días para que se pronunciara; sin embargo, nuevamente guardó silencio.

En vista que en el auto de fecha 01 de diciembre de 2017, por error involuntario del Despacho no se identificó de forma correcta al Representante Legal de EMDISALUD, mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2017 se

¹ Folio 8 del expediente.

² <http://www.emdisalud.com.co/webpublica/sede-central/>

individualizo correctamente al responsable de dar cumplimiento a la orden de tutela, procediéndose a efectuar la notificación del mismo a las diferentes direcciones de correo electrónico facilitadas por la página oficial de la EPS, según se ve a folios 33 y 34 del expediente.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico.

Se decide en esta providencia, si el Gerente y Representante Legal de la EPS EMDISALUD, o quien haga sus veces, incurrió en desacato a la orden de tutela contenida en la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017.

Para resolver lo antes planteado, el Despacho procederá a estudiar los siguientes aspectos: a) Generalidades del Incidente de Desacato, b) De los elementos objetivo y subjetivo en el Incidente de Desacato, y c) El caso sub-examine.

a.- Generalidades del Incidente de Desacato.

La herramienta jurídica del incidente de desacato, tiene su razón de ser en la aspiración válida del constituyente y por ende del legislador, de que la providencia judicial, mediante la cual se reconocen derechos inalienables de la persona humana, tenga adaptación de lo fáctico, al mundo del deber ser, esto es, que trascienda de lo teórico y se concrete en lo práctico, lo cual no sería posible si no existieran mecanismos ágiles, eficaces y oportunos al alcance del juez para coaccionar u obligar a la autoridad o persona natural, que violó o desconoció un derecho fundamental, al cumplimiento de lo dispuesto; así las cosas, el juez no puede ser indiferente o permanecer inerte ante el desacato a la orden impartida para el restablecimiento del derecho vulnerado, teniendo la obligación de agotar todas las herramientas creadas por el legislador para procurar su cumplimiento aun cuando sea forzado. Así, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en Sentencia T-188/02:

“En caso de incumplimiento de una sentencia de tutela, el afectado tiene la posibilidad de lograr su cumplimiento mediante un incidente de desacato, dentro del cual el juez debe establecer objetivamente que el fallo o la sentencia de tutela no se ha cumplido, o se ha

cumplido de manera meramente parcial, o se ha tergiversado, en consecuencia, debe proceder a imponer la sanción que corresponda, con el fin, como se ha dicho, de restaurar el orden constitucional quebrantado. Ese es el objeto del procedimiento incidental, por ello, no se puede volver sobre juicios o valoraciones hechas dentro del proceso de tutela, pues ello implicaría revivir un proceso concluido afectando de esa manera la institución de la cosa juzgada. ...

...La figura jurídica del desacato, se traduce en una medida de carácter coercitivo y sancionatorio con que cuenta el juez de conocimiento de la tutela, en ejercicio de su potestad disciplinaria, para sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectivo la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo.”

En cuanto al trámite del incidente, debe asegurarse el derecho de defensa del Incidentado, y en todo caso que se encuentre probado la responsabilidad subjetiva del funcionario incumplido, a efectos de imponer las sanciones por desacato, así lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T- 171-09:

“29.- De acuerdo con las consideraciones que han sido expuestas hasta ahora, se encuentra que constituye un deber ineludible del juez constitucional verificar si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden proferida por la sentencia de tutela, con lo cual, una vez precisada la anterior situación tiene la obligación de indagar cuáles fueron las razones por las que el accionado no cumplió con la decisión tomada dentro del proceso; lo anterior a fin de establecer cuáles son las medidas necesarias para proteger efectivamente los derechos fundamentales invocados.

30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo 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.

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. ...” (Subrayado fuera de texto).

b).- De los elementos objetivo y subjetivo en el Incidente de Desacato.

Para la configuración del incidente de desacato es necesario precisar que se requiere dos elementos a saber, el objetivo que hace referencia al incumplimiento del fallo, esto es, a que se compruebe que la decisión contenida en el mismo no ha sido acatada; y el subjetivo que en razón a la naturaleza disciplinaria de la sanción por desacato, exige establecer que el responsable de cumplir una orden, fue negligente en su obligación, ya la Corte Constitucional en sentencia T- 939 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, manifestó que:

“Es el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva.

Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.”³

Es importante destacar que estos elementos deben analizarse en torno a lo decidido en la acción de tutela, tal y como lo expresó nuestro Máximo Órgano Constitucional en esa misma providencia:

“Los dos elementos del desacato, es decir, el objetivo (incumplimiento de la decisión) y el subjetivo (conducta desplegada por cada disciplinado tendiente a no cumplir) giran en torno a la orden que se haya consignado en la tutela. Ahora bien, esta solamente sería obligatoria, en principio, respecto de la parte resolutive del fallo e incluiría la ratio

³ Posición reiterada por esa Corporación en sentencia T- 512 de 2011, en donde se dijo: “Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. 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.”

decidendi presente en el mismo. En todo caso, debemos señalar que en aplicación del principio de buena fe y conforme al artículo 6° de la Constitución, no es posible derivar obligación ni responsabilidad alguna respecto de órdenes que no han sido consignadas con claridad en la decisión. Esto porque tratándose de un proceso sancionatorio en donde se encuentra bajo debate la libertad, honra y bienes de un Asociado se hace necesaria la conformación de un parámetro objetivo y claro a partir del cual deducir el incumplimiento de la obligación.”⁴ (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, esa Alta Corporación en sentencia C-367/14, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervos, en relación a la responsabilidad subjetiva indicó:

“4.3.4.5. Si se trata de hacer cumplir un fallo de tutela el instrumento principal es el del cumplimiento, que se funda en una situación objetiva y brinda medios adecuados al juez para hacer efectiva su decisión. El desacato es un instrumento accesorio para este propósito, que si bien puede propiciar que el fallo de tutela se cumpla, no garantiza de manera necesaria que ello ocurra y que, además, se funda en una responsabilidad subjetiva, pues para imponer la sanción se debe probar la culpabilidad (dolo o culpa) de la persona que debe cumplir la sentencia. (...) pues para que se configure el desacato se requiere, entre otras condiciones, demostrar la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) de la persona incumplida y el vínculo de causalidad entre ésta y el incumplimiento.” (Subrayado fuera de texto).

c. – El caso concreto.

En el sub examine, atendiendo lo estudiado ut supra, se analizara si la persona encargada de darle cumplimiento a las orden impartida contenida en la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017, esto es el Gerente y Representante Legal de la EPS EMDISALUD, incurrió en desacato o no, previa verificación de la ocurrencia de la responsabilidad objetiva y subjetiva en el actuar de éste.

Mediante el fallo de tutela aludido se ordenó a la incidentada lo siguiente:

“SEGUNDO: En consecuencia, ordénese al Representante Legal de EMDISALUD, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación de la presente sentencia, se expida la autorización para que al Sr. Pablo Simón Esquivel Guerra

⁴ Tesis acogida por el Consejo de Estado en sentencia de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sección Segunda, Subsección B.

se realice el procedimiento medico denominado PET – TC. En caso que el procedimiento medico tenga que ser realizado por fuera de la Ciudad de Sincelejo, deberá suministrar lo correspondiente a transporte y hospedaje para él y un acompañante. En caso de no contar dentro de su red de servicio deberá realizar las gestiones administrativas para que, dentro del tiempo otorgado anteriormente, se expida la autorización de servicios que requiere el usuario.”

En el escrito de incidente, la Sra. Luz Marina Esquivel ha manifestado que EMDISALUD no ha dado cumplimiento al fallo de tutela por medio del cual se le amparan los derechos fundamentales a su padre, colocando en peligro la vida e integridad personal de éste.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, una vez proferido el fallo, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora, y en caso de retardo, el juez que venía conociendo de la referida acción podrá sancionar al responsable mediante trámite incidental, hasta tanto no se verifique el cumplimiento de la sentencia, para lo cual podrá ordenar arresto hasta por seis (6) meses y multar hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales a quien incumplió la orden proferida (Art. 52 ibídem), decisión que será consultada ante el superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes.

Así las cosas, se procede a revisar si se dio o no cumplimiento al fallo de tutela, y si están dados los elementos de responsabilidad objetiva y subjetiva en el actuar de la persona titular y encargada de cumplir con la orden, es decir, si se encuentra probada la culpabilidad de éste, o por el contrario, existen razones que justifiquen el incumplimiento.

Elemento objetivo: Se tiene que mediante el fallo de tutela de fecha 27 de octubre de 2017, este Despacho decidió amparar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna del señor Pablo Simón Esquivel Guerra, persona diagnosticada con una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, quien requiere la realización de ayuda diagnóstica denominada PET – TC, la cual considera el médico tratante como necesaria para evaluar la respuesta del tratamiento que venían desarrollando.

El referido fallo fue notificado al correo electrónico de la EPS, posteriormente, con el fin de verificar si se le había dado cumplimiento a la orden de tutela, se le requirió a través de su correo electrónico para notificaciones judiciales⁵ (folio 9 y 11 del expediente). Al mismo correo fue notificado el auto por medio del cual se admite el incidente y el auto por medio del cual se le oficia por última vez previo a resolver sobre la sanción.

A pesar de todo lo anterior, el Representante legal de la entidad no emitió ninguna respuesta, dejando en evidencia la desidia de la EPS en dar cumplimiento a la orden dada, colocando en riesgo la vida del Sr. Pablo Simón Esquivel Guerra quien posee una enfermedad catalogada como catastrófica y evolutiva.

En Resumen, para este Despacho es evidente la ocurrencia del elemento objetivo de responsabilidad, pues el fallo de tutela aún no se ha cumplido por la accionada a pesar de haber transcurrido mas de un mes desde su comunicación.

Elemento Subjetivo: Según el Certificado de Existencia y Representación legal de la EPS EMDISALUD, el cual obra entre los folios 2 – 4 del expediente, se identifica como Gerente de la entidad al Sr. JORGE NICOLA OLANO MEJIA, identificado con C.C No. 3.347.981, persona que tiene como función dirigir, coordinar y controlar la prestación de los servicios, relaciones institucionales, apoyo administrativo, entre otras.

En el fallo de tutela de forma clara la orden va dirigida al Representante Legal de EMDISALUD, y este Despacho, en los autos de previo a abrir el incidente, el de apertura y el de requerimiento previo a resolver sobre la sanción, requirió al representante legal de la EPS, de igual forma, mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2017 se individualizó concretamente al Representante Legal de EMDISALUD, el cual es el responsable de dar cumplimiento a la orden de tutela. Autos que como se indicó anteriormente, fueron notificados al correo electrónico que para notificaciones judiciales dispuso la entidad, sin que se pronunciaran al respecto.

En ese orden, dando respuesta al problema jurídico propuesto, se señala, están acreditados los elementos objetivos y subjetivos para sancionar al Gerente

⁵ Publicado en su página web y en el certificado de existencia y representación legal.

de la EPS EMDISALUD, Sr. JORGE NICOLAS OLANO MEJIA, por incurrir en desacato frente a la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017. Ahora bien, como quiera que ya han transcurrido más de un mes sin que aún se dé cumplimiento a la orden de tutela, y desconociéndose la atención prioritaria que deben tener las personas diagnosticadas con enfermedades catastróficas, este Despacho impondrá como sanción tres (3) días de arresto que deberán cumplirse en las celdas de la Policía Nacional o del CTI y multa en cuantía de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Sincelejo- Sucre.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE que al Gerente de la EPS EMDISALUD, Sr. JORGE NICOLAS OLANO MEJIA, es responsable de desacatar la orden que se le impartió en la sentencia de tutela proferida por este Despacho, con fecha 27 de octubre de 2017 en favor del señor Pablo Simón Esquivel Guerra.

SEGUNDO: IMPÓNGASE al Gerente de la EPS EMDISALUD, Sr. JORGE NICOLAS OLANO MEJIA, sanción consistente en tres (3) días de arresto y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que debe consignar de su patrimonio a favor del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la cuenta del BANCO AGRARIO CUENTA DTN MULTAS Y CAUCIONES EFECTIVAS No. 3-0070-000030-4⁶, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, término dentro del cual deberá acreditar el pago de la misma.

TERCERO: Para el cumplimiento efectivo de la sanción de arresto, por secretaría, **LÍBRESE** oficio al Señor Comandante de la Policía del departamento de Sucre y al Director del CTI en la ciudad de Sincelejo, a fin de que disponga el lugar donde se cumplirá el arresto, que podrá ser en los calabozos o dependencias del C.T.I o de la Policía Nacional, e informe a esta Judicatura de las actuaciones

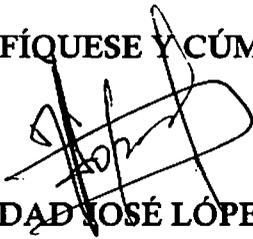
⁶ Lo anterior, conforme lo regula el ACUERDO No. 1117 DE 2001 "Por el cual se reglamenta el recaudo por multas y cauciones prendarias consignadas a órdenes de los Despachos Judiciales", modificado por el ACUERDO No. PSA10-6979 DE 2010 "Por el cual se ajusta el reglamento interno para la ejecución de las obligaciones impuestas a favor del Consejo Superior de la Judicatura" de la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

realizadas para la materialización de la orden acá impartida. Para el cumplimiento efectivo de la sanción de multa, por secretaría, expídase copia íntegra y auténtica de la presente providencia, con destino a la oficina de cobro coactivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, para los efectos de los artículos 10 y 11 de la Ley 1743 de 2014. **REALÍCESE** lo anterior, una vez se surta el grado de consulta de esta providencia y solamente si es **CONFIRMADA**.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión, **ENVÍESE** el expediente al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, para que surta el grado de consulta, tal como lo dispone el inciso 2º del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: **ORDÉNESE** al Gerente de la EPS EMDISALUD, Sr. **JORGE NICOLAS OLANO MEJIA**, que proceda a dar cumplimiento inmediato a la orden proferida en la sentencia de tutela del caso de marras.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Juez

<p>REPÚBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO</p> <p>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</p> <p>La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. 01 de hoy 16 de enero -2018, a las 8:00 a.m.</p>  <p>ANGÉLICA MARÍA GUZMÁN BADEL Secretaria</p>
--