



Sincelejo, veintisiete (27) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Incidente de Desacato de Tutela

Expediente No. 70001.33.33.005.2019.00101.00. (2)

Incidentista: AIDA LUZ PERNA ROSA

Incidentado: NUEVA EPS S.A.

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir el incidente de desacato propuesto por la Sra. AIDALUZ PERNA ROSA, representada por el Sr. Amaury Francisco Ortega Domínguez, contra NUEVA EPS S.A, por el presunto incumplimiento a la sentencia de tutela proferida por este Despacho el 12 de abril de 2019.

I. ANTECEDENTES

El Sr. AMAURY FRANCISCO ORTEGA presentó memorial de incidente en representación de la Sra. Aidaluz Perna Rosa, por medio del cual indica que la entidad accionada NUEVA EPS S.A se encuentra incumpliendo las obligaciones impuestas en la sentencia de fecha 12 de abril de 2019.

En razón de lo anterior, solicita se aplique lo dispuesto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

Anexo al escrito de incidente se encuentra: 1. Copia del fallo de tutela, folios 4 – 15 del expediente; 2. Historia Clínica de la Sra. Aidaluz Perna, folios 16 – 20 del expediente.

II. TRAMITE

Mediante auto de fecha 01 de noviembre de 2019, 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 12 de abril de 2019, y en caso negativo, justificara el porqué de su omisión y que actividades ha realizado para acatar lo ordenado por este Despacho. Frente a dicho requerimiento, la accionada manifestó que de acuerdo a la revisión realizada en el sistema, encuentran que el insumo / medicamento RITUXIMAB AUTDESCTA, ya fue dispensado en farmacia, solicitando la suspensión del trámite incidental para gestionar el cumplimiento del fallo de tutela.

Pese a la anterior respuesta, la entidad no remitió las pruebas que acreditaran el cumplimiento de la decisión, razón por la cual se procedió a admitir el incidente.

Surtido el traslado de la admisión, la NUEVA EPS INFORMA AL Despacho que la incidentista Sra. AIDALUZ PERNA ROSA falleció. Alegando que impartieron las órdenes necesarias para el restablecimiento de la salud de la accionante, conforme a lo ordenado por el Despacho, existiendo carencia de objeto, en la medida en que la situación de hecho que motivó el incidente ha desaparecido, aunado al fallecimiento de la paciente, lo que impide la continuidad de la prestación del servicio.

III. CONSIDERACIONES

3.2. Problema jurídico.

Se decide en esta providencia, si la Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS S.A, doctora IRMA CARDENAS GOMEZ, o quien haga sus veces, incurrió en desacato a la orden de tutela contenida en la sentencia de fecha 12 de abril de 2019.

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 desacato por el no cumplimiento de un fallo de tutela, 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.*¹

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 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.”*² (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 analizará si la persona encargada de darle cumplimiento a las órdenes impartidas, contenidas en

¹ 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.”

² 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.

la sentencia de fecha 12 de abril de 2019, incurrió en desacato o no, esto es, si se encuentra probada la ocurrencia de la responsabilidad objetiva y subjetiva en el actuar de ésta.

Mediante el fallo de tutela aludido se ordenó a la NUEVA EPS S.A, se expidieran las autorizaciones a que haya lugar para garantizar en el menor tiempo posible y de forma efectiva la entrega del medicamento RITUXIMAB a la Sra. AIDALUZ PERNA ROSA, identificado con C.C No. 33.165.832 expedida en Sincelejo, por el tiempo que establezca el médico tratante. De igual forma, se le ordenó que autorice la atención domiciliaria de enfermería permanente que requiere la accionante conforme a lo ordenado por su médico tratante.

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 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.

Posterior a la admisión del incidente, la NUEVA EPS manifiesta que la Sra. AIDALUZ PERNA ROSA falleció, situación que impide la continuidad de la prestación del servicio en salud.

Analizado lo que precede, y dando aplicación al principio de buena fe, no podría sancionarse al encargado de darle acatamiento al fallo de tutela, por cuanto el fallecimiento de la paciente constituye una imposibilidad frente al cumplimiento de la decisión. Ahora, aun cuando se excedió en el tiempo el cumplimiento a la orden dada en sentencia de fecha 12 de abril de 2019, es

menester aplicar lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual reza que la sanción se impondrá hasta que el responsable cumpla la sentencia de tutela, y para el caso en concreto se encuentra demostrado que resulta imposible cumplir y exigir el cumplimiento de la orden de tutela, pues la accionante falleció. Así las cosas, no sería apropiado imponer sanción a la persona relacionada ut supra, aun mas, cuando dentro del expediente no existe prueba fehaciente que demuestre el actuar negligente de esta, es decir, no están dados los elementos de responsabilidad³.

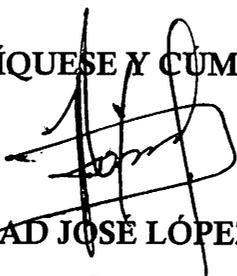
Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Sincelejo- Sucre.

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar la solicitud de imposición de sanciones contra la Gerente Zonal Sucre de la NUEVA EPS S.A, doctora IRMA CARDENAS GOMEZ, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Juez



³ La H. Corte Constitucional en sentencia T- 271 DE 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, dejó sin efectos un auto interlocutorio por medio del cual se impuso una sanción por desacato a un fallo de tutela, considerando lo siguiente: “La simple constatación del incumplimiento sin haber escudriñado las razones y circunstancias que le propiciaron, no puede devenir en una sanción por desacato, debido a que ello constituiría una responsabilidad objetiva del sujeto obligado, concepto que está prohibido por el texto superior.”, el juez de instancia en el aludido auto interlocutorio, resolvió imponer la sanción con solo verificar que la persona que debió cumplir la orden judicial la incumplió parcialmente.