



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE**

Sincelejo, ocho (08) de agosto del año dos mil dieciséis (2016)

Incidente de Desacato de Tutela

Expediente No. 70001.33.33.005.2015.00062.00 (2).

Incidentista: Mabel De Jesús Hoyos De La Rosa.

Incidentado: LA NUEVA E.P.S. S.A.

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir el incidente de desacato propuesto por la Sra. Mabel De Jesús Hoyos De La Rosa, contra la Nueva E.P.S. S.A, por el presunto incumplimiento a la sentencia proferida por este Despacho de fecha 02 de octubre de 2012.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Mabel De Jesús Hoyos De La Rosa, obrando en nombre propio, presentó el día 03 de febrero de 2012, escrito donde manifiesta que mediante fallo de tutela de fecha 02 de octubre de 2012, se ordenó a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizara junta médica constituida por especialista en GASTROENTEROLOGÍA, NEUROCIRUGÍA, MASTOLOGIA Y NEUROLOGIA, a fin de que evalúen y analicen las diferentes patologías de la accionante, estado de las mismas, la efectividad o no de los tratamientos que hasta ahora le han brindado, y en consecuencia se determine un plan de manejo médico a seguir para brindarle una atención integral para el mejoramiento de su salud. Y establecido el manejo médico, dentro del término de 48 horas, en forma oportuna y permanente, brinde y ponga al servicio de ésta todos los medios para que el mismo se haga efectivo, y en el evento que se considere pertinente su remisión a otra ciudad, en el mismo término se disponga de ésta.

No obstante a lo anterior, dice que la incidentada, ha venido incumpliendo el fallo de tutela, desacatando por completo la orden impartida, toda vez que la Junta Medica no se ha practicado, generándole un deterioro en la salud, toda vez que no ha podido iniciar un tratamiento adecuado para cada patología por no haberse autorizado las órdenes para los especialistas, agrega, que actualmente la NUEVA EPS ha generado órdenes para que la usuaria sea valorada por reumatología en la Ciudad de Barranquilla, pero las drogas ordenadas por esta especialidad no se la han autorizado, señala, que tampoco se le han dado los transportes para cumplir la referida cita, pese a estar autorizados por este Despacho.

Por lo anterior solicita, se ordene a la Nueva E.P.S, de cumplimiento al fallo proferido por este Despacho, y que en caso de no atenderse el requerimiento se le sancione por desacato, imponiéndose la más alta sanción permitida por la ley.

La incidentista fundamenta el presente incidente, con lo contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, artículo 52 del Decreto 2191 de 1991 y artículo 9 del Decreto 306 de 1992, además de la sentencia C-367 de 2014.

Anexo al escrito de incidente se encuentra la copia del fallo de tutela de fecha 02 de octubre de 2012. (Folios 2 – 8 del expediente).

II. TRAMITE

Mediante auto de fecha 04 de marzo de 2016, 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 indicara si había dado cumplimiento a la orden impartida, la cual está contenida en sentencia de fecha 02 de octubre de 2012, solicitud que fue atendida por la Nueva E.P.S, sin que se evidenciará el cumplimiento del fallo, razón por la cual se admitió el incidente, requiriéndose la práctica de pruebas en aras de los principios de economía y celeridad procesal, realizándose la audiencia de la misma el 13 de abril de 2016.

Dentro de la referida audiencia se dispuso requerir nuevamente a la incidentada, para que diera respuesta al oficio No. 0249 de fecha 27 de abril de 2016, en cumplimiento a dicho requerimiento, la incidentada presentó escrito el 19 de abril de 2016, en donde manifiesta que la junta ordenada por fallo de tutela a la accionante no fue realizada en su debido momento, pero que actualmente la accionante tiene autorizado varios servicios, anotando, que si de las remisiones médicas que tiene pendiente la afiliada, los médicos especialistas conceptúan que requiere de la junta médica, la NUEVA EPS estará en total disposición de realizarla.

III. CONSIDERACIONES

Se decide en esta providencia, si la Gerente Zonal de la NUEVA E.P.S en Sincelejo – Sucre, Dra. Irma Cardenas Gómez o quienes hiciere sus veces, incurrió en desacato a la orden de tutela contenida en la sentencia de fecha 02 de octubre de 2012.

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."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:

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.*"

*“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 sub- examine.

Se procederá a analizar si la Gerente Zonal de la NUEVA E.P.S en Sincelejo – Sucre, Dra. Irma Cardenas Gómez o quien hiciere sus veces, incurrió en desacató o no, al fallo de tutela de fecha 02 de octubre de 2012 proferido por esta Dependencia Judicial.

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.

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

“SEGUNDO: a) CONMÍNESE a la NUEVA E.P.S., para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, Autorice una Junta Medica constituida por médicos especialistas en Gastroenterología, Neurocirugía Mastología y Neumología, a fin de que se evalúe y analice las diferentes patologías de la accionante, estado de la misma, la efectividad o no de los tratamientos que hasta ahora le han brindado, y en consecuencia se determine un plan de manejo medico a seguir para brindarle una atención integral en cuanto al mejoramiento de su salud, en lo que pueda ser posible; o se determine su remisión a otra ciudad para adelantar dichos tratamientos médicos.”

Establecido el manejo médico que se debe seguir a favor de la tutelante por la junta médica a que se hizo referencia en el literal precedente, se le ordena a la NUEVA EPS que en el mismo término antes concedido (48 horas), y en forma oportuna y permanente le brinde y ponga al servicio de esta todos los medios para que el mismo se haga efectivo. (Tales como especialistas idóneos, citas médicas oportunas, medicamentos, etc.). Y en el evento que se considere pertinente su remisión a otra ciudad, en el mismo término se disponga de ésta” (subrayado fuera de texto)

De conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, una vez proferido el fallo, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora³, y en caso de retardo <injustificado>, 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 multa 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 del funcionario titular de cumplir con la orden, es decir, si se encuentra probada la culpabilidad de éste, o por el contrario existan razones que justifiquen su incumplimiento.

³ Valoración que se tiene que realizar con observancia de los elementos subjetivos de responsabilidad, teniendo en cuenta que el trámite es sancionatorio, y se tienen que respetar los presupuestos que este tipo de trámites exigen para sancionar al presunto culpable.

Posterior a los requerimientos realizados a la NUEVA E.P.S, el apoderado de la incidentada manifestó, en escrito que obra entre los folios 54 a 79 del expediente, que la junta médica ordenada en el fallo de tutela no fue realizada en su debido momento, pero que actualmente la accionante tiene autorizado varios servicios, anotando, que si de las remisiones médicas que tiene pendiente la afiliada, los médicos especialistas conceptúan que requiere de la junta médica, la entidad que representa estará en total disposición de realizarla.

De la respuesta otorgada por el apoderado de la incidentada, es palpable que existe un incumplimiento parcial del fallo de tutela, al manifestar no haberse realizado la junta médica en su momento, pero es también notorio que la incidentista ha gozado de múltiples ordenes médicas (obsérvese folio 81 y 82), las cuales no puede concluir esta Unidad Judicial sean inapropiadas para tratar las patologías que la accionante presenta, pues estaría colocándose en tela de juicio el criterio medio, ignorándose con ello el principio de buena fe.

No obstante a lo anterior, bajo el entendido que existe un incumplimiento parcial, resulta necesario hacer el análisis del por qué no se realizó en su tiempo la Junta Medica ordenada, y si existe algún responsable por su no realización, pues bien, en audiencia realizada para práctica de pruebas, las cuales fueron ordenadas en el auto de fecha 30 de marzo de 2016, la incidentista deja claro en dicha audiencia, que fue en la Defensoría del Pueblo en donde le indicaron que podía iniciar un desacato, pues ella no sabía lo que tenía que hacer, por tanto creía que la acción de tutela estaba perdida (información contenida en audio y video, folio 41 del expediente, minuto 34 : 40), con lo cual se esclarece el por qué la falta de reclamación de la incidentista durante los más de tres años que han transcurrido desde el momento en que se profiere el fallo, por su parte, del testimonio rendido por el Coordinador Médico de la Nueva E.P.S, éste deja por sentado, primeramente, estar vinculado con la Nueva E.P.S. desde el 02 de marzo de 2015, conociendo hasta el momento el caso de la Sra. Mabel, agregando, que la accionante debió acercarse a realizar el requerimiento en el año 2012 (minutos 10 : 24 y 18 : 57 del audio y video), recalcando, que a pesar de no haberse realizado la junta médica, la incidentista ha recibido la atención medica requerida, teniendo unas citas médicas pendientes, además de lo anterior, el Despacho pregunto al testigo si los médicos tratantes de la Sra. Mabel De Jesús, han considerado viable la realización de la junta médica, a lo cual

respondió que no existe ningún pronunciamiento médico que indique se tenga que realizar una junta médica (minuto 51 : 35 del audio y video).

De cara a lo anterior, no se encuentra probada aun la responsabilidad subjetiva de la persona que debía cumplir la orden dada, lo cual es requisito primordial para imponer la respectiva sanción, situación que se torna difícil probar dentro del presente expediente, pues han transcurrido más de tres años desde que se ordenó realizar una junta médica para evaluar y analizar las diferentes patologías de la incidentista, estado de las mismas y la efectividad o no de los tratamientos que le han brindado, ahora, a pesar de no haberse realizado la junta médica, como se dijo anteriormente, no puede este Despacho llegar a la conclusión que las ordenes medicas emitidas a favor de la incidentista, durante los últimos tres años, no corresponden a una atención adecuada de sus patologías, pues sería como decir que ha existido falla en la prestación de los servicios médicos a favor de la Sra. Mabel De Jesús; por último, y no menos importante, no debe ignorarse el hecho que durante todo este tiempo las patologías de la accionante han podido cambiar, por lo que solo el criterio medico seria el que determinaría si es procedente o no la realización de una junta médica en la actualidad, pues sería improcedente el pretender el cumplimiento de una orden que no tenga ningún sentido actual, en resumen, quien determina qué servicio es requerido por la paciente es el médico tratante, profesional que conoce la situación concreta de éste, sus antecedentes médicos, y establece, con base en ellos, el tratamiento y/o procedimientos que se deberían seguir para el restablecimiento de la salud.

Conclusión a todo lo decantado, esta Unidad Judicial no encuentra méritos para imponer sanción por desacato al fallo de tutela pretendido en esta foliatura, toda vez que la responsabilidad subjetiva de la persona encargada de darle cumplimiento a la providencia de fecha 02 de octubre de 2012, no está demostrada dentro del plenario, además, aun cuando no se cumplió con la orden contenida en el numeral 2 literal A de la sentencia, es palpable, según el historial de ordenes medicas relacionadas en los folios 55 – 72, que la accionante ha recibido atención medica constante por parte de la NUEVA E.P.S.

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

RESUELVE:

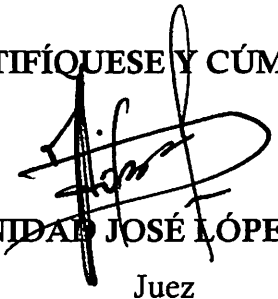
PRIMERO: Declárase cumplido parcialmente el fallo de tutela de fecha 02 de octubre de 2012.

SEGUNDO: Denegar la solicitud de imposición de sanciones, en el trámite de incidente de desacato iniciado por la Sra. Mabel de Jesús Hoyos De La Rosa, por lo expuesto en la parte considerativa de este auto.

TERCERO: Comunicar lo resuelto a la incidentista.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE


TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA  JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO NOTIFICACIÓN POR ESTADO La anterior providencia se notifica por estado electrónico n 57° de hoy 9 de agosto -2016, a las 8:00 a.m. ANGELICA MARIA GUZMAN BADEL Secretaría
--