



**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. 70001.33.33.005.2015.00092.00 (2).

Incidentista: Etilvia Hernández De Martinez.

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

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir el incidente de desacato propuesto por la Sra. Etilvia Hernández De Martinez, contra la Nueva E.P.S. S.A, por el presunto incumplimiento a la sentencia proferida por este Despacho de fecha 03 de junio de 2015.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Etilvia Hernández De Martinez, obrando en nombre propio, presentó el día 24 de junio de 2015, escrito donde manifiesta que presentó acción de tutela contra la Nueva E.P.S, por violación a su derecho a la salud, la cual fue fallada por este Despacho el 03 de junio de 2015, en donde se decidió amparar sus derechos, ordenando la práctica de unos procedimientos médicos, además del pago de transportes y estadía en la ciudad donde se llevarían a cabo (Medellín), sin embargo, manifiesta la incidentista, que la Nueva E.P.S se niega a dar cumplimiento al fallo de tutela.

Por lo anterior solicita, se ordene a la Nueva E.P.S, de cumplimiento al fallo proferido por este Despacho, además de arrestar hasta por 6 meses y multar

con 20 SMLMV al Representante Legal o Directora de la Nueva E.P.S Seccional – Sucre, o quien haga sus veces en el cumplimiento del fallo.

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.

Anexo al escrito de incidente se encuentra la copia del fallo de tutela de fecha 03 de junio de 2015. (Folios 5-16).

II. TRAMITE

Mediante auto de fecha 07 de julio de 2015, 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 03 de junio de 2015, 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.

La entidad incidentada fue requerida por cuatro veces más, toda vez que las respuestas dadas no generaban seguridad de haber cumplido con el fallo de tutela, sin embargo, en respuesta dada el 15 de julio del presente año, manifiestan haber dado cumplimiento al fallo de tutela, informando que a la incidentista, se le realizó el procedimiento quirúrgico el 09/10/15.

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 03 de junio de 2015.

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:

*“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,

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.

incurrieron en desacato o no, al fallo de tutela de fecha 03 de junio de 2015 proferido por esta Dependencia Judicial.

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

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordénese a la Empresa Promotora de Salud – LA NUEVA E.P.S. que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia:

1.- Direccione la autorización para la práctica de los procedimientos quirúrgicos: PLASTIA DE PARED ABDOMINAL SOD + EVENTROFIA CON COLOCACIÓN DE MALLA, emitida a favor de Etilvia Hernández de Martínez, identificada con la C.C. No. 22.886.247 de los Palmitos- Sucre, a la Fundación Clínica del Norte de la ciudad de Medellín – Antioquia, por lo expuesto en este proveído.

2.- Autorice los gastos de transporte y estadía de la señora Etilvia Hernández de Martínez, identificada con la C.C. No. 22.886.247 de los Palmitos- Sucre y de un acompañante, que requieran por concepto de desplazamiento hacia la ciudad de Medellín y desde esta ciudad a Sincelejo, así como para los desplazamientos que estas personas tengan que realizar en Medellín, con el fin de que se pueda realizar el procedimientos quirúrgicos: Plastia de Pared Abdominal SOD + Eventrofia con colocación de malla, y así poder recibir la asistencia médica especializada en la ciudad donde le prestan los servicios prescritos por el médico tratante, si estos a la fecha no se han suministrado.”

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 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.

Posterior a los requerimientos realizados a la NUEVA E.P.S, el apoderado de la incidentada manifestó, en escrito que obra entre los folios 97 a 115 del

expediente, que se realizó el procedimiento quirúrgico el 09 de octubre de 2015, para lo cual aporta historia clínica, detallándose a folio 101 del expediente, “*POSTOPERATORIO DE HERNIORRAFIA INGUINAL IZQUIERDA CON MALLA EL 9 DE OCTUBRE (...)*”, obrando además en el folio 108, orden médica para la práctica de la cirugía mencionada.

No obstante a lo anterior, de cara a lo ordenado en el fallo, se observa que la intervención médica realizada, no corresponde literalmente a lo consignado en la parte resolutive de la providencia dictada por este Despacho el 03 de junio de 2015, en donde se especificaba como procedimiento quirúrgico “*PLASTIA DE PARED ABDOMINAL SOD + EVENTROFIA CON COLOCACIÓN DE MALLA*”, sin embargo, en el folio 105 del expediente, se observa que el diagnóstico en la salud de la incidentista, para la fecha en que fue practicada la cirugía, era el siguiente: “*K409: HERNIA INGUINAL UNILAT. ONE SIN OBSTR. NI GANGRENA*”. Por lo que dando aplicación al principio de buena fe, respecto a las actuaciones realizadas por la incidentada, entiende este Despacho que la intervención médica realizada a la Sra. Etilvia Rosa Hernández, el 09 de octubre de 2015, correspondía de forma adecuada a la patología presentada, pues quien determina la atención médica que requiere el paciente es el médico tratante, profesional que conoce la situación concreta del paciente, sus antecedentes médicos, y establece, con base en ellos, el tratamiento que debe seguirse para el restablecimiento de la salud, ahora, en caso de probarse la existencia de una falla médica por practicarse el procedimiento medico inadecuado, dicha situación, no corresponde al objeto del presente incidente.

Analizado lo que precede, y dando aplicación al principio de buena fe, estaría desvirtuado el incidente propuesto por sustracción de materia. Ahora, aun cuando se excedió en el tiempo el cumplimiento a la orden dada por este Juzgado en sentencia de fecha 03 de junio de 2015, según lo contenido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la sanción se impondrá hasta que el responsable cumpla la sentencia de tutela, y en el caso concreto ya está probado que el fallo de tutela se encuentra cumplido, quedando exonerada de sanción la persona relacionada ut supra, más aun, cuando dentro del expediente no existe prueba fehaciente que demuestre el actuar negligente de éste, es decir, los elementos subjetivos de responsabilidad³.

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,

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declárase cumplido en su totalidad el fallo de tutela de fecha 25 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: Denegar la solicitud de imposición de sanciones, en el trámite de incidente de desacato iniciado por el Sr. Alfonso Alfredo Henríquez Narváez.

TERCERO: Comunicar lo resuelto a la incidentista.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 No. 57° de hoy 9 de agosto -2016, a las 8:00 a.m.  ANGELICA MARIA GUZMAN BADEL Secretario
--

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.