



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

Sincelejo, once (11) de mayo del año dos mil dieciséis (2016)

Incidente de Desacato de Tutela

Expediente No. 70001.33.33.005.2015.00102.00 (2).

Incidentista: Amanda Callejas De Salom.

Incidentado: Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A.

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir el incidente de desacato propuesto por la Sra. Amanda Callejas de Salom contra la Nueva EPS S.A, por el presunto incumplimiento al fallo de tutela en segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia del 09 de julio de 2015.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Amanda Callejas de Salom, obrando en nombre propio, presentó el día 29 de julio de 2015, escrito donde manifiesta que interpone incidente de desacato de tutela contra el Gerente Zonal de la Nueva EPS, toda vez que hasta el momento no se ha dado cumplimiento a la orden contenida en fallo de tutela de fecha 09 de julio de 2015, esto es, entregar unos audífonos en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de segunda instancia, argumenta que la entidad encargada de darle cumplimiento al fallo de tutela fue notificada el 16 de julio del año 2015, por lo que el 17 de julio del mismo año fue a las instalaciones de la NUEVA EPS, en donde preguntó cuándo se le daría cumplimiento al fallo de tutela, respondiéndole que en el momento no había Director y el trámite lo llevaban en Barranquilla, el 23 de julio de la misma anualidad, dice que volvió a la NUEVA EPS, recibiendo una carta de la Coordinadora de Autorizaciones en donde le solicitan aporte su historia clínica, a lo cual respondió que ellos podían consultarlo a través de su red y que se sirvieran a cumplir el fallo de tutela.

Por lo anterior solicita, se ordene el arresto por una semana al Gerente Zonal de la Nueva EPS – Sincelejo, se multe con 10 salarios mínimos y se compulse copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la posible comisión del delito de Fraude a Resolución Judicial o a la que hubiere lugar.

Sustenta su solicitud por lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991 y a la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

Anexo al escrito de incidente se encuentran:

- ❖ copia de los fallos de tutela de primera y segunda instancia. (folios 4-31).
- ❖ Notificación del fallo de segunda instancia realizado a la incidentista (folio 32).
- ❖ Oficio remitido por la Nueva EPS, a la incidentista, con fecha 17 de julio de 2015. (folio 33).
- ❖ Carta dirigida a la Nueva EPS, suscrita por la incidentista. (folio 34).

II. TRAMITE

Mediante auto de fecha 04 de agosto 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 a la fecha ha dado cumplimiento a la orden impartida, contenida en sentencia de tutela de fecha 09 de julio de 2015¹, a lo cual emitió respuesta la Nueva EPS, sin que se evidenciara cumplimiento al fallo de tutela, admitiéndose el incidente el 31 de agosto de 2015.

El 22 de octubre del año 2015, en vista de la insistencia de la parte incidentada de estar dando cumplimiento al fallo de tutela, pero no existiendo una prueba fehaciente de dicho cumplimiento, se procedió a solicitar informe detallado de las acciones desplegadas por parte de la Nueva EPS, encaminadas a darle cumplimiento al fallo de tutela.

En cumplimiento a la orden dada, la entidad incidentada a través de escrito recibido en esta Unidad Judicial el 09 de noviembre de 2015, manifiesta estar cumpliendo con lo ordenado en fallo de tutela, anexando a su escrito las ordenes médicas otorgadas a favor de la incidentista, llamando la atención una autorización

¹ Ver folios 36 y 37 del expediente.

de servicios médicos de fecha 01 de octubre de 2015, en donde se evidencia como aprobado AUDIFONO TIPO 2, siendo el remitente de dicha orden la IPS SALUD A TU LADO S.A.S. – SERVICIOS I NIVEL y como institución a la cual se remite STARKEY LABORATORIES COLOMBIA LTDA.

Que en virtud de lo anterior, se procedió a oficiar a las entidades involucradas en dicha orden, obteniendo respuesta de ambas según consta a folios 101 - 108, encontrándose en lo contestado por STARKEY LABORATORIES COLOMBIA LTDA, que desde el mes de octubre la incidentista se encuentra disfrutando los audífonos tipo 2, de los cuales dan sus características.

III. CONSIDERACIONES

Se decide en esta providencia, si el Gerente Zonal Sucre de la Nueva EPS, Dr. Ivan Arias Ortiz o quien hiciere sus veces, incurrió en desacato a la orden de tutela contenida en la sentencia de fecha 09 de julio 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.”²*

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

² 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.”*

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.”³ (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 el Gerente Zonal Sucre de la Nueva EPS, Dr. Ivan Arias Ortiz o quien hiciere sus veces, desacató o no el fallo de tutela de fecha 09 de julio de 2015, proferido por esta dependencia judicial.

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

*“**PRIMERO: ADISIONESE** la sentencia impugnada, esto es, la proferida el día 12 de junio de 2015, por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE**, en el sentido **ORDENAR** a la **NUEVA E.P.S**, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a autorizar y entregar a la actora, los **AUDÍFONOS DIGITALES PROGRAMABLES BILATERALES MINIMO DE 6 CANALES Y CON COMPRESIÓN DINÁMICA ESTILO BTE POWER.**”*

³ 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.

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 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 lo justifiquen.

Posterior a los requerimientos realizados a la entidad accionada y a las IPS encargadas de ejecutar las ordenes médicas, reposa en el expediente, folios 105 - 108, respuesta por parte de la Representante Legal de STARKEY LABORATORIES COLOMBIA LTDA, en donde certifican que *“los audífonos TIPO 2 suministrados a la paciente en el mes de octubre de 2015 cumplen con las especificaciones técnicas requeridas para el tipo de pérdida auditiva y condiciones audiológicas de la paciente AMANDA CALLEJAS DE SALOM.”*, agregando, que a la fecha los audífonos suministrados no han sido remitidos a fábrica para ser objeto de revisión o reparación.

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 la orden dada por el Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia de fecha 09 de julio 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 exonerado de sanción el Gerente Zonal Sucre de La Nueva EPS, más aun, cuando dentro del expediente no existe prueba fehaciente que demuestre el actuar negligente de éste, esto es, los elementos subjetivos de responsabilidad⁴.

⁴ 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.

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 09 de julio de 2015.

SEGUNDO: Denegar la solicitud de imposición de sanciones, en el trámite de incidente de desacato iniciado por la Sra. Amanda Callejas de Salom.

TERCERO: Comunicar lo resuelto a la incidentista.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Juez

