

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

RADICACIÓN :110013110027201700662-00
ACCIONANTE : WINSTON DIAZ PEÑA
ACCIONADO : NUEVA EPS
ASUNTO : INCIDENTE DE DESACATO

JUZGADO VEINTISIETE DE FAMILIA
Bogotá D.C, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Procede el despacho a resolver el incidente de desacato promovido por el señor WINSTON DIAZ PEÑA contra la NUEVA EPS.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO.

El señor WINSTON DIAZ PEÑA solicitó iniciar incidente de desacato contra la NUEVA EPS en razón a que informa que la incidentada no dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por este Juzgado el 10 de noviembre de 2017, mediante el cual se tutelaron los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida a favor del accionante en cuanto a la entrega del medicamento OPDIVO (Nivolab) 100mgrs/10ml x 2 ampollas inyectables que correspondían dispensarse en el mes de marzo” en tanto ser este suministro indispensable el tratamiento integral de su diagnóstico.

II. PRUEBAS

El incidentante aportó como pruebas la radicación de solicitud de servicios en relación con el medicamento OPDIVO (Nivolab) 100mgrs/10ml x 2 ampollas inyectables, con sello de recepción del 15 de abril de 2020 y, la respuesta negativa de la accionada.

IV. TRÁMITE

Admitido el trámite del incidente de desacato la incidentada guardó silencio.

V. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Señala el artículo 86 de la Carta Política: “...la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales que le han sido vulnerados o amenazados a una persona; que esa protección inmediata debe consistir en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo; y que el fallo es de inmediato cumplimiento,”

Dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991: “Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora...”. Mientras el artículo 28 señala “el cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones y omisiones en que se incurrió generen responsabilidad...”. A su turno los artículos 52 y ss del referido decreto describe el régimen de sanciones por el incumplimiento de órdenes judiciales en materia de tutela y el trámite incidental consagrado en relación con la solicitud de desacato de la orden del juez de tutela.

El trámite incidental que nos ocupa cumplió la ritualidad dispuesta para el efecto de proferir la decisión correspondiente, en tanto se verificó la admisión y el respectivo traslado a la entidad incidentada. Sin que esta se pronunciara hasta el momento, en punto concreto de la remisión de los informes del caso sobre el cumplimiento del fallo judicial, al tiempo que no atendieron los incidentados LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO y DANILO VALLEJO GUERRERO en su condición de Gerente Regional Encargado y, Vicepresidente de Salud, respectivamente el requerimiento en punto de rendir las declaraciones de que trata el artículo 195 del CGP.

Cabe puntualizar que tanto el incumplimiento de los fallos de tutela y la procedencia de las sanciones en virtud del desacato son escenarios que distan entre sí, pues mientras el primero de los eventos es una situación que puede obedecer un circunstancia objetiva de omisión, el régimen de las sanciones por incumplimiento se gobiernan por criterios comprobados de omisión de tipo subjetiva de quien está obligado a materializar la orden del juez constitucional y, en ese sentido, ha definido la H. Corte Constitucional¹: *Así mismo, el juez de tutela al tramitar el*

¹ Sentencia T-271 de 2015

respetivo 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. 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” (subrayas del despacho).

Sobre el mismo tópico ha precisado el H. Consejo de Estado²: *“el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios por cuya culpa se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. Juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio, verbi gratia, los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc. El hecho de que se demuestre el incumplimiento no es suficiente por sí sólo para concluir que hubo desacato sancionable en los términos del art. 52 Dec. 2591 de 1991, ya que bien puede ocurrir que, a pesar de la evidencia del incumplimiento, existan circunstancias eximentes de responsabilidad.*

Así las cosas, se impone evidenciar del devenir del trámite incidental que nos ocupa, que en efecto, dispuesto el trámite incidental encaminado a la declaratoria de desacato de la accionada NUEVA EPS solicitado por el actor Winston Díaz Peña, no se obtuvieron pruebas que acreditaran por parte de la incidentada haber dispensado actuación tendiente al cumplimiento del fallo de tutela emitido por este despacho el 10 de noviembre de 2017 emitido por este despacho, la accionada no ha dado cabal cumplimiento a la orden allí dispuesta relativa a que *“...disponga la entrega del medicamento OPDIVO (Nivolab) 100mgrs/10ml x 2 ampollas inyectables, en la cantidad con la indicación estricta recetada por el los médicos tratantes”,* en razón a que patente la orden de formula médica del folio 2, se avizora negativa la respuesta a dicho suministro por el dispensario de la promotora el 6 de mayo de 2020.

Cabe concluir además que al respecto del cumplimiento de la orden judicial la incidentada guardó silencio dentro del término del traslado respectivo, e igualmente lo hizo en la oportunidad dispuesta por el despacho para el informe en relación con las causas del incumplimiento y que fue ordenada por auto del 09 de junio de 2020, por lo que cabe razonar en atención al carácter imperativo que reviste la orden judicial, y el alcance en términos de vulneración a los derechos fundamental que su incumplimiento involucra, que el obediencia de lo dispuesto por este despacho resultaba inexcusable a la accionada.

En este tenor, en tratándose del análisis del factor subjetivo como determinante del incumplimiento de la orden del juez constitucional para hacer procedente la sanción por desacato, resulta para el despacho que no hay lugar a tener excusada a la Nueva EPS del incumplimiento en cuestión como que abierta y frontal inobservó su deber constitucional, lo conducta que además constituye una afrenta a la guarda de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política.

Así las cosas, como quiera que del estudio que antecede se concluye en la efectiva responsabilidad subjetiva de la accionada NUEVA EPS, a través de su Presidente y representante legal en el desacato de la orden de tutela dictada el 10 de noviembre de 2017 por este juzgado, por manera que no se avino la incidentada a atender las medidas allí dispuestas, y así tampoco en el trámite incidental que nos ocupa a justificar o demostrar siquiera las razones que tuvo para sustraerse de hacer material la orden dispuesta por esta juez constitucional, hay lugar a así declararlo y como consecuencia disponer la sanción respectiva en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, a la luz de los derroteros jurisprudenciales de la materia frente a la proporcionalidad que debe comportar la sanción impuesta a la autoridad pública o privada que ha desatendido una orden de tutela, así como su vocación para procurar el cumplimiento efectivo de la orden judicial de amparo, tiene el despacho que la sentencia C-033 de 2014 estableció: *“El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada*

² Radicación N°: 250002315000-2008-01087, sección quinta. Veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009)

medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza. El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la finalidad de la medida, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución. (...) El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto. En el caso concreto concurren los presupuestos referidos toda vez que la multa y el arresto, persiguen un fin acorde con la Constitución Política, en consideración a que se pretende la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante que se encuentran en riesgo por la omisión de la funcionaria”.

En virtud de lo expuesto, resulta imperativo declarar que los doctores LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO en calidad de Gerente Regional y, DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS incurrieron en desacato, en razón del incumplimiento de la orden impartida en el 10 de noviembre de 2017, en oportunidad del 6 de mayo de 2020 ante la negativa en el suministro del medicamento OPDIVO (Nivolab) 100mgrs/10ml x 2 ampollas inyectables vital para el incidentante, el primero y de la orden contenida en providencia del 09 de junio de 2020 el segundo, acorde con el mandato de los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, y en consecuencia, sancionarlos con multa equivalente al diez (10) smmlv a cada uno, dineros de su propio patrimonio deberán ser consignados dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura. Adicionalmente, se dispondrá el arresto del LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO en calidad de Gerente Regional por el término de cinco (5) días, sanción que resulta para el despacho proporcional y ajustada al ordenamiento legal por guardar idoneidad con el fin perseguido como es el cumplimiento de las medidas coercitivas como consecuencia de su inobservancia a la orden judicial y especialmente en cuanto tiene que ver con el fin de conminarle para que acate estrictamente la orden de tutela, cuyo incumplimiento generó el presente trámite incidental.

En todo caso, ante la situación de emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 debido a la Pandemia Covid -19 y las medidas adoptadas para sustituir la pena privativa de la libertad por Decreto 546 del 15 de abril de 2020 para salvaguardar la vida e integridad de las personas obligadas a cumplir sanciones en establecimientos carcelarios resulta necesario conmutar la sanción de cinco (5) días de arresto impuesta a LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO con multa equivalente a diez (10) smmlv dineros que deberán ser consignados en la forma y términos dispuesta en el inciso anterior.

Al margen de lo señalado, si bien el trámite incidental se dirigió a la verificación del incumplimiento de la pluricitada orden de tutela para la procedencia de la declaratoria de desacato con las consabidas consecuencias judiciales que aquel incumplimiento injustificado conlleva, ello no obsta para que en virtud de la entidad de los derechos que su desobediencia involucra esta juzgadora propenda por el cumplimiento efectivo de las medidas dispuestas en el fallo respectivo, cuya conclusión se acompasa con lo sostenido por la Corte Constitucional cuando señaló³: *“Bajo esa premisa, en la misma providencia se sostuvo que, ‘si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección’. Por ello, sin perjuicio de que se sancione o no al funcionario obligado a obedecer el fallo, el juez constitucional tiene el deber de asegurar su total cumplimiento si ello no ha ocurrido por vía del desacato, ya que en ciertos eventos la efectividad de los derechos conculcados se logra ‘a través de la adopción de medidas adicionales a la sanción por desacato, al ser este incidente insuficiente para hacer cumplir la orden proferida”.* Por lo que es esta la oportunidad el despacho emitirá pronunciamiento tendiente a ordenar el cumplimiento inmediato por parte de la Nueva EPS de la orden contenida en el numeral segundo de la sentencia adiada el 10 de noviembre de 2017, cumplimiento que a voces del artículo 27 del decreto 2591 de 1991 se impone verificar al doctor DANILO VALLEJO GUERRERO, Vicepresidente de Salud de la accionada, en calidad de superior jerárquico del Gerente Regional de la promotora.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintisiete de Familia de Bogotá en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, RESUELVE:

³ Sentencia T-270 de 2015

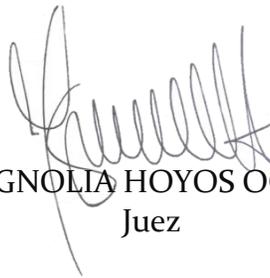
PRIMERO: DECLARAR que a doctores LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO en calidad de Gerente Regional y, DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, incurrieron en desacato, en razón del incumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela dictado el 10 de noviembre de 2017 y en consecuencia, y frente a requerimiento del proveído del 05 de noviembre de 2019, respectivamente y en consecuencia, sancionarlos a con multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dineros que de su patrimonio propio deberán consignar dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, en la cuenta prevista para tal fin,

SEGUNDO: ORDENAR asimismo el arresto del señor LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO en calidad de Gerente Regional de la Nueva EPS por el término de cinco (5) días, y CONMUTAR la presente sanción en el pago del equivalente a (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dineros que de su patrimonio propio deberán consignar dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, en la cuenta prevista para tal fin.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS, a través de su Vicepresidente de Salud, doctor DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, o quien haga sus veces el cumplimiento inmediato de la orden de tutela contenida en el numeral primero de la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2017. Comuníquese por el medio más expedito.

CUARTO: Secretaría remita el expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá con el fin de surtir el grado de consulta.

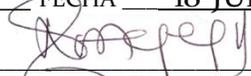
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



MAGNOLIA HOYOS OCORÓ
Juez

JUZGADO VEINTISIETE DE FAMILIA DE BOGOTA DC
LA ANTERIOR DECISIÓN SE NOTIFICO POR ESTADO

No. 048 FECHA 18-JUNIO-2020



NAYIBE ANDREA MONTAÑA MONTOYA
Secretaria