

INFORME SECRETARIAL: Al Despacho del Señor Juez, allega la incidentante a través del correo electrónico del despacho, en el término conferido para allegar pruebas al presente tramite incidental, manifestando que a la fecha de 12 de junio del año en curso aun no le habían realizado el pago de la licencia de maternidad, para lo que estime pertinente 19 de junio de 2020.


MERCY KARIME LUNA GUERRERO
Secretaria

JUZGADO DIECIOCHO CIVIL MUNICIPAL

Bucaramanga, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Vista la constancia secretarial que antecede y observado el escrito mediante el cual LAURA JHINETH RUEDA ANTELIZ manifiesta el incumplimiento del fallo de tutela proferido por este despacho el día veinte (20) de mayo de 2020, se procederá a realizar el estudio respectivo.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

LAURA JHINETH RUEDA ANTELIZ presentó acción de tutela en contra la FAMISANAR EPS, solicitando se realizara el pago de la licencia de maternidad N° 411.608; a lo cual este despacho mediante auto calendado a veinte (20) de mayo de 2020 resuelve tutelar el amparo solicitado por el accionante:

*“[...] **SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS** que por medio de su representante legal o quien haga sus veces dentro de las próximas 48 horas proceda de forma inmediata procedan a CANCELAR la licencia de maternidad NUMERO 411.608 de fecha 23 de mayo de 2019 expedida por la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A. a favor de la señora LAURA JHINET RUEDA ANTELIZ de forma completa y sin dilaciones administrativas por los 31 días pendientes. [...]*

TRAMITE DEL INCIDENTE

El día 5 de junio de 2020 se radico incidente de desacato por parte de LAURA JHINETH RUEDA ANTELIZ en contra de FAMISANAR EPS solicitando se realizara el pago de la licencia de maternidad NUMERO 411.608 de fecha 23 de mayo de 2019 expedida por la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A y lo cual fue ordenado mediante fallo de tutela del veinte (20) de mayo de 2020.

Se procedió a dar apertura al incidente de desacato mediante auto calendado a la misma fecha de presentación del incidente, en contra de el **Dr. WILSON PEÑA GONZÁLEZ** Gerente Regional Santander EPS FAMISANAR SAS, identificada con cedula de ciudadanía No. 37512117 y a **Dr. ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS, toda vez que no cumplió con lo pertinente a la orden constitucional proferida por este juzgado en aras de la protección al derecho fundamental de SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, dentro del presente auto se le concedía un término de tres (3) días para contestar y ejercer su derecho a la defensa.

De igual forma se requirió al Dr. **ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS, con el fin de que conminara al Dr. **WILSON PEÑA GONZÁLEZ** para que diera cumplimiento al fallo de tutela objeto del presente incidente de desacato.

La entidad promotora de salud dentro del término conferido dio repuesta en los siguientes términos:

“La licencia de Maternidad se encuentran dentro del término legal, para su reconocimiento y desembolso, pues teniendo en cuenta la fecha en que la usuaria radicó la documentación ante la EPS para el reconocimiento; es de recordar que el Decreto 1333 de 2018 en su artículo 2.2.3.1.1., establece un término de 15 días hábiles para el estudio de la documentación presentada y su reconocimiento y posterior a ello otros 5 días hábiles para desembolso, términos que el Ministerio de Salud y Protección Social estableció en procura de la salvaguarda de los recursos públicos asignados al sistema de salud y su destinación específica, por lo tanto, frente a esta pretensión no se puede hablar de incumplimiento al fallo de tutela, puesto que Famisanar además de venir pagando, actúa legítimamente en apego a la normatividad vigente.

*Es pertinente declarar infundado el desacato propuesto, toda vez que de un lado se dio cumplimiento al fallo de tutela en lo que respecta al reconocimiento y liquidación de la Licencia de Maternidad conforme a los tiempos establecidos para ello, contado desde la fecha en que la usuaria radicó documentación y de otro, se encuentra adelantado el trámite normal que establece la Ley, sin que se observe que la situación que impide la realización inmediata de los mismos sea atribuible a cargo de Famisanar EPS, es decir, no se evidencia actitud rebelde o reticente en atender la orden impartida, lo que de suyo descarta la responsabilidad **subjetiva** para la imposición de una sanción por desacato.”*

PRUEBAS

Se procedió mediante auto del 11 de junio de 2020 a requerir a las partes con el fin de que solicitaran y/o allegaran pruebas con respecto a las gestiones adelantadas a efecto de procurar el cumplimiento del fallo de tutela, del mismo modo teniéndose en cuenta las pruebas documentales consignadas dentro de expediente a lo cual respondieron:

➤ FAMISANAR EPS

Pese que ha pasado un tiempo prudencial y verificando que los requerimientos fueron debidamente notificados, estos guardaron silencio.

➤ INCIDENTANTE

Dentro del término conferido en la etapa probatorio, la parte accionante allega memorial, manifestando que a la fecha no le habían realizado el pago respectivo a la licencia de maternidad, igualmente adjunta dos archivos correspondientes a al estado de su cuenta en su entidad bancaria y el extracto de la misma.

IV- PROBLEMA JURIDICO

¿Se configura la existencia de responsabilidad en el actuar de la entidad FAMISANAR EPS al no realizar el pago de la licencia de maternidad número 411.608 de fecha 23 de mayo de 2019, generando una trasgresión a los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Mínimo Vital y Vida en condiciones dignas y el incumplimiento del fallo de tutela proferido por este estrado judicial el 20 de mayo de 2020?

V- CONSIDERACIONES

Bien es sabido que, acorde con el art. 27 del Decreto 2591 de 1991, corresponde al Juez de tutela velar por el efectivo cumplimiento de sus fallos, y al tenor del art. 52 ibídem, a éste compete adelantar el trámite incidental con el propósito de verificar: **i)** si hubo inobservancia de la orden constitucional impartida para amparar el derecho fundamental violado o amenazado; y, en tal caso, **ii)** imponer las sanciones previstas en tal normativa.

La Corte Constitucional ha expuesto en diversos pronunciamientos que la sanción por desacato supone una **responsabilidad subjetiva del trasgresor de lo ordenado en sede de tutela**, de tal suerte que para ello es imperioso apreciar no sólo el incumplimiento, sino las condiciones en las que éste se produjo, esto es, el descuido o incuria que le sean atribuibles a aquél. En este sentido, el órgano de cierre en lo Constitucional precisó que deben verificarse los siguientes presupuestos para imponer una sanción¹:

*“(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”². De existir el incumplimiento “**debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada**”³.*

En este sentido, el incidente de desacato se debe tener como un instrumento de carácter procesal, establecido para garantizar a plenitud el derecho constitucional a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Nacional, en la medida en que permite que se materialice la decisión emitida en sede de tutela, sin que baste la posibilidad a las personas de acudir a la tutela y que se protejan sus derechos, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional.

La corte constitucional ha sido reiterativa en la importancia que tiene la identificación de la **RESPONSABILIDAD SUBJETIVA** dentro del trámite del incidente de desacato, no con miras a un fin sancionatorio meramente como en líneas anteriores se manifiesta sino por el contrario en pro de establecer un real, material y proporcional cumplimiento, del mismo modo la obligación de individualizar las causas que dieron origen al acato o desacato de la orden judicial impartida con el fin de evitar una decisión arbitraria o caprichosa por parte del fallador, pues como la Corte Constitucional lo ha dicho:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al momento de evaluar si existió o no desacato, no pueden dejarse de lado el examen de situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad dependiendo de cada caso concreto, es decir, debe tenerse en cuenta si ocurrieron circunstancia de **fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir**, las cuales siempre deben ser estudiadas a la luz del principio de la buena fe del demandado. Dentro de este contexto, esta Corporación ha señalado que, no puede imponerse sanción por desacato cuando: (i) la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y, (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo. En efecto, es improcedente la imposición de una sanción consistente en multa o privación de la libertad como consecuencia del desacato, siempre que*

¹ T-631 de 2008.

² Sentencias T-553/02 y T-368/05.

³ Sentencia T-1113 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

se considere que medidas de tales proporciones son impuestas para cumplir un fallo de tutela que no ha sido determinado, ni se ha dado la oportunidad de cumplirla a pesar de la buena fe del demandado. Igualmente, ocurre cuando el obligado ha dado cumplimiento al mandato constitucional, pero con posterioridad ha surgido un hecho nuevo que imposibilita continuar con la orden judicial a pesar de su buena fe en el acatamiento de la misma. De acuerdo con las anteriores consideraciones, se concluye que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades de los jueces a impartir sanciones o abstenerse de ellas, es necesario que se demuestre que el incumplimiento de la orden fue producto de la negligencia comprobada del obligado en el incumplimiento del fallo, o que el mismo se hizo efectivo, siendo afectado posteriormente por el surgimiento de un hecho nuevo”.

A razón de la inobservancia del Dr. **ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS para que dieran cumplimiento al fallo de tutela y atendieran el requerimiento realizado el pasado 5 de junio de 2020 dentro lo de su competencia; se sancionara por desacato al responsable y al superior hasta que se cumpla la sentencia, según el artículo 27 del decreto 2591 de 1991.

(...) ARTICULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. **Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso. (...).***

Por lo anterior, resulta claro que la finalidad en si del trámite de desacato, no es necesariamente la imposición de la sanción sino una manera de buscar el cumplimiento de la sentencia de tutela; así, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la imposición o no de una sanción durante el trámite del desacato, en síntesis, persuade al accionado para el cumplimiento de la Orden constitucional. 4.

Así las cosas, resaltamos que 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.

Ahora bien, no es ajeno para el suscrito la actual situación de salubridad pública en ocasión a la pandemia **COVID- 19** que afronta el país y en consecuencia la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional con el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, lo que ha generado que el Estado opte por tomar medidas de carácter policivas, sanitarias y administrativas, para evitar el descontrolado y masivo contagio, siendo una de las más importante el distanciamiento social y el aislamiento preventivo obligatorio en algunos de los casos.

De ahí que la imposición de una sanción de arresto a los responsables del incumplimiento de las ordenes de tutela, iría en contravía de las medidas preventivas adoptadas poniendo en riesgo inminente tanto al acreedor de la

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 2010

sanción como a los funcionarios de la policía, considerándose como una carga desproporcionada en el escenario actual, puesto que se someterían a un contacto sin las previsiones que podría desencadenar una propagación de la pandemia.

También, El Ministerio de Justicia expidió el decreto 546 del 155 de abril de 2020, en el cual se acogieron medidas para sustituir la pena de prisión y otras por la prisión domiciliaria, para mitigar los posibles riesgos para la vida y la salud a los cuales se someterían los sujetos privados de la libertad.

La importancia que tiene el papel del juez del desacato según como lo ha manifestado la corte en la sentencia T-482 de 2013 debe:

“se encuentra obligado a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma”. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Así, de existir un incumplimiento “debe [rá] identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada” hipótesis en la cual procederá la imposición del arresto y la multa.

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha manifestado la importancia del pago de la LICENCIA DE MATERNIDAD con relación a la protección del derecho fundamental al MINIMO VITAL, expresando lo siguiente:

“La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.”.⁵

Por ende y tal como se manifestó en el acápite del trámite del incidente, el estudio de todos los acervos probatorios consignados en el expediente, se establece que NO SE CONFIGURA ninguna de las causales de imposibilidad de imponer la sanción respectiva a las accionadas, toda vez que no le han dado cumplimiento a lo ordenado mediante el fallo de tutela del día veinte de mayo de 2020.

Se concluye, que FAMISANAR EPS no demostró que haya dado cumplimiento al fallo de tutela, en lo referente al el pago de licencia de maternidad número 411.608 de fecha 23 de mayo de 2019, resultando consecuente con el actuar de la entidad y el trámite del incidente de desacato la existencia de una responsabilidad dolosa en el incumplimiento que conlleva la imposición de sanción, hasta que se allane al cumplimiento de la misma por el desconocimiento de la protección al derecho a la Seguridad Social, Mínimo Vital y Vida en condiciones dignas.

⁵ SENTENCIA T 503 DE 2016

Por último, y según lo expuesto en párrafos anteriores, para dar cumplimiento a una orden constitucional no necesariamente se debe interponer como sanción una orden de arresto; sino por el contrario se puede hacer uso de sanciones pecuniarias o patrimoniales permitidas por el orden jurídico. Siendo esta la posición que adoptara el despacho para conmutar la orden de arresto por **UN (1)** día de salario mínimo legal mensual de los doctores **WILSON PEÑA GONZÁLEZ** Gerente Regional Santander EPS FAMISANAR SAS, identificada con cedula de ciudadanía No. 37512117 y Dr. **ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS, para apoyar el compromiso estatal para prevenir la propagación de la pandemia.

Por lo anterior, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bucaramanga,

ORDENA:

PRIMERO: DECLARAR que el Dr. **WILSON PEÑA GONZÁLEZ** Gerente Regional Santander EPS FAMISANAR SAS, identificada con cedula de ciudadanía No. 37512117 y Dr. **ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS, identificada con cedula de ciudadanía N° 79146216, incurrieron en desacato, conforme con lo expuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, imponer al Dr. **WILSON PEÑA GONZÁLEZ** Gerente Regional Santander EPS FAMISANAR SAS, identificada con cedula de ciudadanía No. 37512117 y Dr. **ELIAS BOTERO MEJIA**, quien ostenta el cargo de Gerente de FAMISANAR EPS, identificada con cedula de ciudadanía N° 79146216, la multa de DOS (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes y conmutar la orden de arresto adicionando UN (1) salarios mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: ENVIAR a consulta esta decisión ante el señor JUEZ NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD, a través de la Oficina Judicial de esta ciudad.

CUARTO: Notificar la presente determinación a las partes por el medio más eficaz.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



VÍCTOR ANÍBAL BARBOZA PLATA
JUEZ

JUZGADO DIECIOCHO CIVIL MUNICIPAL BUCARAMANGA

Siendo las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del día de hoy 23 de junio de 2020 se notifica a las partes la providencia que antecede por anotación en el Estado.



MERCY KARIME LUNA GUERRERO
Secretaría