

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.****SALA DE FAMILIA**

Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno

MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

INCIDENTE DE DESACATO DE ALFONSO SÁNCHEZ TAFUR EN CONTRA DE LA NUEVA EPS (Consulta). Rad. 11001-31-10-009-2007-00988-02 (Declaración de nulidad)

Sería del caso resolver el grado jurisdiccional de consulta frente al auto del 1º de julio de 2021, proferido por el **JUZGADO NOVENO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, mediante el cual sancionó al doctor **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, en calidad de Gerente Regional de la **NUEVA EPS**, con multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales, en el marco del incidente de desacato de la referencia, sin embargo, revisada la actuación adelantada, se observa la necesidad de declarar la nulidad de lo actuado, por dos razones a saber:

1. El requerimiento previo a la apertura del desacato, según la doctrina constitucional, no sólo es esencial para garantizar el debido proceso, sino también es condición de procedibilidad para iniciar el trámite incidental; tiene por objeto establecer el eventual incumplimiento de la sentencia de tutela o desacato a la decisión de autoridad judicial, y vincular en debida forma al funcionario o al particular renuente. Así lo precisó la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 12 de noviembre de 2003, M.P. **ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO**, al señalar in extenso:

“[E]l incidente de desacato es un trámite judicial reglamentado dentro del cual se debe respetar el debido proceso, aplicando los preceptos que lo rigen, dando curso a los pasos esenciales que lo integran e integrando del contradictorio con todas las personas que tuviesen legitimación activa y pasiva, según el caso.

(...)

“4. Sobre la importancia del requerimiento y su trascendencia en el debido proceso, en Sentencia T-572 de 1996 (29 de octubre), la Corte Constitucional señaló:

“Con el fin de asegurar el debido proceso, el juez que conoce del trámite del incidente a que alude el art. 52 del decreto 2591/91 debe poner en conocimiento de la autoridad o del particular obligados a cumplir el fallo de tutela, el hecho de su renuencia a cumplir con las medidas ordenadas en éste”.

“La manera de vincular al trámite incidental al funcionario o al particular renuente, consiste en comunicarle que el interesado ha promovido incidente de desacato y requerirlo para que inmediatamente informe sobre el cumplimiento de la respectiva decisión judicial. Ello se deduce del contenido y alcance del artículo 27 del decreto 2591/91, conforme al cual, proferido el fallo que concede la tutela la autoridad responsable del agravio al derecho fundamental deberá cumplirlo de inmediato o, a más tardar, dentro de las 48 horas siguientes.

La respuesta del obligado, como es obvio, debe ser la de que ha cumplido la orden en los términos en que fue impartida, o que han mediado circunstancias insuperables que le impidieron dar oportuna ejecución al fallo.

Justamente, por las razones indicadas es que el mencionado artículo 27 dispone que, si el funcionario directamente obligado no ha cumplido la decisión dentro de las 48 horas que le otorga la ley, el juez del conocimiento se dirigirá al superior y lo requerirá para que lo obligue a cumplir la decisión de tutela, sin perjuicio del deber de iniciar la correspondiente investigación disciplinaria contra aquel. Pasadas otras 48 horas con resultados negativos, el juez procederá a adelantar contra el superior la acción correccional correspondiente y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

Cuando el Juez del conocimiento del incidente se dirige al superior del responsable para requerirlo con el fin de que exija a éste el cumplimiento del fallo, aquél queda vinculado desde ese momento procesal a la actuación incidental, porque dicho superior desde ese instante ya conoce formalmente la renuencia del inferior en acatar dicho fallo y de la responsabilidad subsiguiente que eventualmente le puede corresponder si no lo hace cumplir o no lo cumple directamente, en los términos del inciso 2o. del citado art. 27.

De lo anterior surge, que la conducta a seguir por el superior del responsable, una vez requerido, es la de obtener el cumplimiento del fallo de tutela dentro del término que señala la ley con éste propósito.

La justificación del superior sobre el no cumplimiento del fallo de tutela, que puede ser atendible o no, debe ofrecerse al contestar el requerimiento del juez de tutela, señalando los hechos en que se funda y aduciendo, si fuere del caso, las pruebas conducentes.

Esa omisión en realidad es trascendental puesto que integra la estructura del debido proceso del incidente de desacato, al punto que la requisitoria al superior funcional, cuando existe, como aquí ocurre, es una condición de procedibilidad del subsiguiente trámite incidental; pues, según lo anotado, el superior debe exigir al subalterno el cumplimiento de lo ordenado por el juez de tutela, o puede excusarlo cuando tiene argumentos para ello, que pueden ser atendibles o no, pero que en todo caso contribuyen a materializar el derecho a la defensa, o a esclarecer lo atinente a la responsabilidad subjetiva del implicado.

“En otra oportunidad, sobre el mismo tema, en la Sentencia de tutela T-763/98 (7 de diciembre de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), la Corte Constitucional precisó:

Lo normal es que dentro del término que señale el fallo de tutela, la orden sea cumplida. Pero, si excepcionalmente la autoridad responsable del agravio va más allá del término que se señale e incumple, el juez de tutela debe agotar los siguientes pasos obligatorios, uno a continuación del otro: a. Si la autoridad obligada no cumple, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y para que abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra el directo responsable del incumplimiento. b. si pasan cuarenta y ocho horas a partir del requerimiento al superior y la orden de tutela aún no se cumple, se ordena abrir proceso contra el superior, c. en el mismo auto que ordene abrir proceso contra el superior, el Juez directamente adoptará todas las medidas para el cabal cumplimiento de la orden. Y para tal efecto mantendrá la competencia hasta tanto esté restablecido el derecho. Adicionalmente, el juez encargado de hacer cumplir el fallo podrá (así lo indica el artículo 27 del decreto 2591 de 1991) sancionar por desacato. Es esta una facultad optativa, muy diferente al cumplimiento del fallo y que en ningún instante es supletoria de la competencia para la efectividad de la orden de tutela.

Nótese que la intervención del superior funcional de la autoridad obligada por el fallo de tutela es fundamental, pues dicho superior debe ordenar al subalterno que cumpla la sentencia de tutela, o puede excusarlo de hacerlo exponiendo los motivos para ello; e inclusive es factible vincularlo al incidente de desacato, con todas las consecuencias”.

Al amparo de la tesis de la Corte, el Tribunal en pretéritas ocasiones, ha exigido el cumplimiento previo del requerimiento a la entidad, en asuntos de similar temperamento¹

2. El cumplimiento de este requerimiento previo con apego a lo reglamentado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, se echa de menos en la verificación del trámite adelantado por el Juzgado Noveno de Familia de esta ciudad, pues, antes de abrir el incidente de desacato en contra del sancionado, el *a quo* no lo requirió y tampoco a su Superior, doctor **DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, Vicepresidente de Salud, con miras a que rindieran las explicaciones del caso frente a la suerte de la orden constitucional impartida en sentencia dictada el 21 de septiembre de 2007, que amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante, en consecuencia ordenó al entonces Director del Instituto de Seguros Sociales dispusiera lo pertinente para suministrarle al quejoso los elementos que “*a criterio de su médico tratante sean necesarios para el mantenimiento y funcionamiento adecuado del implante coclear instalado al afiliado*”.

3. En segundo lugar, existe indebida notificación, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la respuesta de la **NUEVA EPS S.A.**, entregada en el transcurso del trámite, el cumplimiento de la orden constitucional atañe, no solo al doctor **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, en calidad de **GERENTE REGIONAL**

¹ TSB, Sala de Familia, providencia del 30 de marzo de 2017, Exp. No. 11001311001320160046601, M.P. **JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ**.

BOGOTÁ, D.C., sino también, al doctor **DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, en calidad de Vicepresidente de Salud, así lo indicó al señalar:

“en concordancia con la distribución administrativa, jerárquica y funcional de esta EPS, son los doctores GERMAN (sic) DAVID CARDOZO ALARCON (sic) en calidad de Gerente Regional Bogotá y el Doctor Danilo Vallejo, en calidad de Vicepresidente de Salud y superior jerárquico, los responsables del cumplimiento de los fallos de tutelas (sic) impetradas contra la NUEVA EPS. Ya que, por sus funciones, son los encargados de dar cumplimiento a las solicitudes como la que generó la acción de tutela y hoy el presente requerimiento”.

Sin embargo, la apertura del trámite incidental no le fue notificada al doctor **DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, solo se dio traslado de las diligencias al representante legal de la Nueva, y luego, de manera específica al doctor **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, en calidad de **GERENTE REGIONAL BOGOTÁ, D.C.**, conforme así se advierte de los autos del 20 de mayo y 17 de junio de 2021, de modo que se dejó de vincular al incidente a quien, por tener responsabilidad en la materialización de la orden constitucional, debía intervenir, en garantía del derecho de defensa y contradicción. Acerca de este vicio procedimental, la jurisprudencia ha dicho:

“el auto que dispone la apertura del trámite incidental, así como las demás decisiones que dentro de él se profieran, necesariamente deben ser notificadas de manera personal a todos los afectados que tienen la obligación de acatar las órdenes de tutela, pues una omisión en tal sentido cercena el derecho fundamental al debido proceso y dentro de este los de defensa y contradicción.”

“En el presente asunto, observa la Sala que el trámite sufre de defectos procedimentales, por falta de vinculación de la persona encargada de cumplir el fallo de tutela, así como su indebida notificación. (Se subraya) (ATP2020 del 30 de abril de 2020).

Así las cosas, se invalidará lo actuado desde la apertura inclusive del trámite incidental, a fin de que se renueve la actuación, aplicando a cabalidad la ritualidad prevista en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, y sin perjuicio de las pruebas ya recaudadas.

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado en el trámite incidental, desde la apertura inclusive del trámite incidental ordenada en auto del 20 de mayo de 2021, a fin de que se renueve la actuación, aplicando a cabalidad la ritualidad prevista en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, y sin perjuicio de las pruebas

ya recaudadas.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen, a través del medio virtual autorizado para el efecto.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lucía Josefina Herrera López', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrado