

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá, D.C., veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés

INCIDENTE DE DESACATO DE ELSA PATRICIA RINCÓN LÓPEZ COMO AGENTE OFICIOSO DE NORBERTO REINA DÍAZ EN CONTRA DE NUEVA EPS Y HEALT & LIFE IPS - Rad. 11001-31-10-017-2021-00529-02 (Consulta).

Sería del caso resolver el grado jurisdiccional de consulta frente al auto del 22 de septiembre de 2023, proferido por el **JUZGADO DIECISIETE DE FAMILIA DE BOGOTÁ D. C.**, mediante el cual sancionó al doctor **MANUEL FERNANDO GARZÓN OLARTE**, Gerente Regional de la Nueva EPS, con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales y arresto de cinco (5) días, en el curso del incidente de desacato tramitado en su contra, sin embargo, revisada la actuación adelantada, se observa la necesidad de declarar la nulidad de lo actuado, por dos razones a saber:

1. En primer lugar, advierte el Tribunal que las órdenes impartidas por el Juez *a quo* en el fallo de tutela 21 de septiembre de 2021, adicionado por esta misma Corporación el 23 de febrero de 2022, se emitieron inicialmente de forma indeterminada frente a la “*NUEVA EPS*”, y no puntualmente frente al funcionario sancionados de la misma entidad, a quien se debía notificar en debida forma la citada sentencia a fin de enterarlo de su contenido y de las órdenes impartidas con el fin de garantizar los derechos fundamentales amparados a la vez de propiciar el cumplimiento de esas órdenes en el plazo señalado, antes de proceder al requerimiento previo previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, a fin de preservar el debido proceso, con mayor razón cuando la naturaleza del trámite es sancionatoria, asunto frente al que, en casos similares, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica lo siguiente:

*“En el caso sub examine, el incidente de desacato se tramitó contra el Brigadier General Germán López Guerrero en calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, sin embargo, la orden constitucional no fue proferida para aquella dependencia, según consta en el expediente, en tanto que la acción de tutela de 1º de septiembre de 2017 la dirigió a «la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**» (f. 10), la que por lo demás, se encuentra a cargo del Vicealmirante*

César Augusto Gómez Pinillos, sin embargo, en el expediente no obra vinculación del referido funcionario.

“Tampoco existe constancia de que la orden de amparo emitida a favor del accionante se le hubiese notificado en debida forma, luego de lo cual, a efectos de garantizar el debido proceso, debió previamente requerirlo con el fin de que adelantara las diligencias pertinentes para que atendiera la orden que allí fue emitida.

“De esa manera, surge el desconocimiento de la exigencia consistente en la individualización de quien es responsable de ejecutar las acciones dispuestas por el Tribunal al decidir el mérito de la queja constitucional, la cual encuentra respaldo en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que establece que el fallo deberá contener «la identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración», persona a la que, es factible imponerle las sanciones de que trata el canon 52 ibídem, previo un juicio de responsabilidad subjetiva, y siempre que la orden de amparo se le hubiese notificado en debida forma.

“Pero como ello no ocurrió así, se incurrió en una irregularidad que vicia la actuación, dado que no se citó a quien por ley debía intervenir en el procedimiento” (Corte Suprema, ATC-7142 del 26 de octubre de 2017, M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

El anterior criterio lo reiteró la Corporación un mes después, al señalar:

“(…) ha de advertirse que, en respeto al debido proceso, necesario es que previo a iniciar el trámite incidental en contra del actual Jefe de la Seccional de Sanidad de Santander, se le notifique el contenido de la decisión a través de la cual se ampararon los derechos del menor y se le otorgue el plazo que para su cumplimiento allí se estableció.

“Pues solo sería posible estimar que dicho funcionario incumplió la orden constitucional, cuando la misma le haya sido debidamente notificada y haya trascurrido el periodo con el que aquel contaba para satisfacer los requerimientos médicos del menor” (Corte Suprema de Justicia, ATC-8137 del 30 de noviembre de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

2. En segundo lugar, observa el Tribunal que el requerimiento previo a la apertura del desacato no se hizo en debida forma; en efecto, el cumplimiento de dicha exigencia es también fundamental a fin de garantizar el debido proceso y condición de procedibilidad para iniciar el trámite incidental, tiene por objeto establecer el eventual incumplimiento a la sentencia de tutela o desacato a la decisión de autoridad judicial, y vincular en debida forma al funcionario o al particular renuente al aludido trámite, tal cual 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. En el asunto que se examina el Tribunal Superior de Cúcuta transgredió el debido proceso en el trámite del incidente de desacato, por omitir el requerimiento previo al superior funcional de la Gerente de la E.P.S. del Instituto del Seguro Social de Cúcuta, y desconocer, de paso, que en materia de desacato la responsabilidad es subjetiva y también obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo la manera cómo se cumplió o se ha venido cumpliendo la orden ante la sucesión de representantes legales en la mencionada entidad, las razones para ello y las explicaciones que debe suministrar el superior funcional.

“En efecto, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 dispone que, si no se cumple la orden emitida en la sentencia de tutela, ‘el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente proceso disciplinario contra aquel. 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 la sentencia.’

“El Tribunal Superior de Cúcuta no requirió al superior funcional de la Gerente de la E.P.S. del Instituto del Seguro Social de esa ciudad, que es el Vicepresidente de la Empresa Promotora de Salud E.P.S. del Instituto del Seguro Social a nivel nacional, omisión con la cual se quebrantó el debido proceso y se vulneró el derecho de defensa, toda vez que el superior también está obligado a intervenir en pro del cumplimiento de la orden y tiene el deber de suministrar explicaciones cuando por alguna razón ello no es posible.

“El superior funcional contribuirá a determinar si se está ante el incumplimiento de una sentencia de tutela, o ante un desacato a la decisión de autoridad judicial, pues son dos eventualidades completamente distintas, sólo la segunda de las cuales podría dar lugar a imponer una sanción.

“El incumplimiento puede obedecer a multiplicidad de factores: logísticos, administrativos, presupuestales, fuerza mayor, etc. El desacato implica un compromiso subjetivo de la autoridad que recibe la orden, en el sentido de sustraerse voluntaria o caprichosamente al cumplimiento de lo resuelto en la sentencia de tutela, como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de autoridad judicial.

“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 oblique 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 PODRA (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”.

También el Tribunal en pretéritas ocasiones, ha aplicado este parámetro de decisión, en asuntos de similar temperamento¹.

3. Pero el cumplimiento de este requerimiento previo, con apego a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y a lo orientado en la jurisprudencia, se echa de menos en la verificación del trámite adelantado por el *a quo* constitucional, pues, antes de iniciar el incidente, el Juzgado además del correo de notificaciones judiciales de la entidad, debía dirigirse y enviar de manera puntual al correo personal institucional de los sancionado y del superior de dichos funcionario, con miras a que rindiera las explicaciones del caso frente a la suerte de la orden constitucional, previa indagación pertinente con la entidad, pese a que como lo indica la jurisprudencia, su intervención es obligatoria “*en pro del cumplimiento de la orden y tiene el deber de suministrar explicaciones cuando por alguna razón ello no es posible*”, razón por la cual habrá de invalidarse lo actuado a partir del auto del 21 de julio de 2023, inclusive, mediante el cual el Juzgado ordenó abrir el incidente de desacato, a fin de que se renueve la actuación, aplicando a cabalidad la ritualidad prevista en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

4. En suma, la inobservancia de los aspectos indicados lesionan el debido proceso del funcionario sancionado, y afectan la validez del trámite; en consecuencia, se declarará la nulidad de todo lo actuado en el Juzgado de primera instancia, y se ordenará renovar la actuación, procediendo primeramente a notificar en debida forma la sentencia de tutela al funcionario encargado de acatar el fallo según lo informado por la Nueva EPS, y luego ahí sí, de haber lugar a ello, adelante el trámite incidental previo requerimiento con el lleno de las exigencias anotadas.

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 adelantado por el **JUZGADO DIECISIETE DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**; en consecuencia, deberá procederse conforme a lo señalado en la parte motiva.

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

¹ TSB, Sala de Familia, providencia del 30 de marzo de 2017, Exp. No. 11001311001320160046601. INCIDENTE DE DESACATO DE NORBERTO REINA DÍAZ EN CONTRA DE NUEVA EPS - Rad. 11001-31-10-017-2021-00529-02 (Consulta).

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', with a horizontal line extending to the left and a short dash to the right.

LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrado