

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrada Ponente: DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Proceso: Consulta – Incidente de desacato
Radicación: 19698 31 12 002 2023 00047 03
Accionante: OSCAR MARINO VERGARA MOSQUERA¹ agente oficioso de ANA MILENA MOSQUERA DIAZ
Accionado: EMSSANAR EPS² - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - MENNAR³
Asunto: Decreta nulidad

Popayán, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

En esta oportunidad, sería del caso entrar a decidir el grado jurisdiccional de consulta del proveído de fecha del 12 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), sino fuera, porque se observa que la actuación se encuentra viciada de nulidad como se verá a continuación:

Mediante sentencia del 05 de julio de 2023, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), resolvió conceder el amparo del derecho a la salud, la vida y la vida digna de que es titular la señora ANA MILENA MOSQUERA DIAZ, y en consecuencia, ordenó *“a la EPS EMSSANAR SAS y MENNAR – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS -, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo AUTORICEN Y ENTREGUEN inmediatamente a la agenciada señora MOSQUERA DIAZ los siguientes insumos y medicamentos ordenados para su salud por los médicos tratantes (PAÑALES TALLA M TIPO PANTS REALIZAR CAMBIO CADA 6 HORAS POR 3 MESES POR INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, además, OXIDO DE ZINC 25% 500GR 10GR CADA 6 HORAS POR 3 MESES COMO MEDIDA ANTIPAÑALITIS), en las dosis, talla, calidad y marca dispuestos por dichos galenos, y además le brinden a partir de la fecha el TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD que requiere para su completa rehabilitación, conforme lo ordenen los médicos y que se deriven de las*

¹ Correo electrónico: omve75@gmail.com - Móvil: 314 763 9201

² Correo electrónico: gerenciageneral@emssanar.org.co

³ Correo electrónico: info@mennarsas.com.co - johanna.sanabria@mennarsas.com.co

patologías descritas en este fallo”⁴. Decisión que impugnada fue confirmada por esta Corporación mediante sentencia proferida el 01 de agosto de 2023⁵.

El señor OSCAR MARINO VERGARA MOSQUERA, actuando en calidad de agente oficioso de la señora ANA MILENA MOSQUERA DIAZ, promovió incidente de desacato contra MENNAR - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS, invocando el no cumplimiento de la orden judicial, pues refiere que no le han hecho entrega de los pañales ordenados por el médico tratante⁶.

Renovada la actuación anulada, por auto del 23 de agosto de 2023⁷, se ordenó notificar la sentencia de primera y segunda instancia al Dr. **VICTOR HUGO LABRADOR RINCON** – Representante Legal Principal para Acciones de Tutela en Afiliaciones y Prestación de Servicios de EMSSANAR EPS y al Dr. ARLEY MENDEZ BETANCOURTH – Representante Legal de MENNAR SAS, concediéndoles el termino de tres (03) días para que acrediten el cumplimiento del fallo, conminándolos para que informan “*si es otro funcionario el encargado de cumplir la orden tutelar*”, y así mismo, ordenó informar al Agente Especial LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA. Para efectos de notificación se libró comunicación remitida por correo electrónico, según constancia visible en el archivo No. 17 del expediente digital.

El 29 de agosto de 2023⁸, EMSSANAR EPS por conducto de apoderado⁹, informa que los Representantes Legales para Acciones de Tutela de esa entidad según el Certificado de Existencia y Representación, son:

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
REPRESENTANTE LEGAL PARA ACCIONES DE TUTELA	VICTOR HUGO LABRADOR RINCON	C.C. No. 1.022.322.897
REPRESENTANTE LEGAL PARA ACCIONES DE TUTELA	MELCHOR ALFREDO JACHO MEJIA	C.C. No. 13.011.632
REPRESENTANTE LEGAL PARA ACCIONES DE TUTELA EN AFILIACIONES	NANCY ROCIO CAICEDO ESPAÑA	C.C. No. 30.741.912

Así mismo, solicita la desvinculación del Dr. LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA – nombrado como interventor de la entidad, por no tener la capacidad de dar cumplimiento a los fallos de tutela debido a que su función como AUXILIAR DE LA JUSTICIA no lo convierte en trabajador o empleado de la entidad intervenida por

⁴ Páginas 4 a 15 del archivo No. 01 del expediente digital

⁵ <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=8i5%2bCET3p0z1hHSRYTLnKj5hxwE%3d>

⁶ Páginas 2 a 3 del del archivo No. 01 del expediente digital

⁷ Archivo No. 16 del expediente digital

⁸ Archivo No. 18 del expediente digital

⁹ Dr. OSCAR MAURICIO PAZ

la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, y respecto de los servicios solicitados por la señora ANA MILENA MOSQUERA, refiere que revisado el sistema se evidencia que el servicio fue cargado y autorizado, así:

PAÑALES.				Certificado de Direccionamiento	
					
PROCESO SG-GAF	ESTANDAR N/A	CÓDIGO FM-FM-0	FECHA DE REVISIÓN 29/08/2023	VERSIÓN 001	PÁGINA 1 DE 1
		DESCRIPCIÓN		FECHA	
PACIENTE		ANA MILENA MOSQUERA DIAZ		N/A	
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN		CC-25653041		N/A	
ENTIDAD(EPS)		EMSSANAR EPS		N/A	
CÓDIGO DE TECNOLOGÍA MPRES		139		N/A	
DESCRIPCIÓN DE TECNOLOGÍA		PAÑALES		N/A	
CANTIDAD AUTORIZADA		120		N/A	

En relación a la CREMA ALMIPRO, informo al Despacho que se notificó al área encargada (soluciones especiales) con el fin de que autorice el servicio de salud.

Refiere, que VICTOR HUGO LABRADOR – Director Nacional de Tutelas, es el encargado de atender y gestionar la defensa de las tutelas interpuestas por los usuarios, y el Dr. ALFREDO MELCHOR JACHO MEJIA – Gerente de Servicios, tiene la función principal de garantizar el acceso y goce efectivo a los servicios de salud, contando con la facultad de gestionar los recursos para el cumplimiento de los fallos. En consecuencia, solicita desvincular a VICTOR HUGO LABRADOR no teniendo responsabilidad en el cumplimiento de los fallos, y el archivo de las diligencias por carecer de objeto para continuarlo¹⁰.

El 30 de agosto de 2023¹¹, MENNAR SAS, informa que en el contrato suscrito con la EPS se incluyeron los pañales Talla M tipo pants, pero la orden médica ya no se encuentra vigente por lo que resulta necesaria su actualización para proceder con la dispensación. Que así, como el insumo no había sido contratado inicialmente para su dispensación, se imposibilitaba realizar su entrega.

Seguidamente, mediante proveído de fecha 31 de agosto de 2023¹², la funcionaria de primer grado resolvió *“INICIAR formalmente”* el incidente de desacato contra el Dr. VICTOR HUGO LABRADOR RINCON y MELCHOR ALFREDO JACHO MEJIA, o quienes hagan sus veces, por incumplimiento a la sentencia proferida el 05 de julio de 2023, concediéndoles el término de **veinticuatro (24) horas hábiles**, para que tome las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo, y

¹⁰ Archivo No. 18 del expediente digital

¹¹ Archivo No. 19 del expediente digital

¹² Archivo No. 20 del expediente digital

se ordenó comunicar lo decidido al señor LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA como agente interventor; proveído comunicado mediante comunicación remitida al correo electrónico tutelasvc@emssanar.org.co y gerenciageneral@emssanar.org.co, según constancia visible en el archivo No. 21 del expediente digital.

Mediante auto del 06 de septiembre de 2023¹³, el Juzgado decretó la práctica de pruebas; providencia notificada mediante comunicación remitida por correo electrónico según consta en el archivo No. 22 del expediente digital.

El señor OSCAR MARINO VERGARA MOSQUERA, el 06 de septiembre de 2023, informa que MENNAR le solicitó actualizar la fórmula médica, por lo que debió solicitar una cita la cual le dieron de forma virtual para el 05 de septiembre, y después fue trasladada para el 12 de septiembre, siendo complicado que la entidad cumpla con lo ordenado¹⁴.

Finalmente, mediante providencia del 12 de septiembre de 2023¹⁵, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), dispuso sancionar al **Dr. VICTOR HUGO LABRADOR RINCON y a MELCHOR ALFREDO JACHO GARCIA**, Representantes Legales para acciones de tutela de EMSSANAR EPS, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 05 de julio de 2023, con arresto de tres (03) días y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes; decisión que se ordenó consultar con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

En este orden, advierte esta Magistratura, que en el presente asunto el Juzgado dispuso en providencia del 12 de septiembre de 2023, sancionar al Dr. MELCHOR ALFREDO JACHO GARCIA – Representante Legal para Acciones de Tutela de EMSSANAR EPS, pero verificada el certificado de existencia y representación de la entidad¹⁶, se advierte, que el nombre correcto de dicha persona es MELCHOR ALFREDO JACHO MEJIA. De ahí, la necesidad de identificar a la persona por su nombre completo, siendo el nombre un atributivo de la personalidad tiene el carácter de derecho fundamental, como lo indicó la Honorable Corte Constitucional al expresar: *“Entre los atributos de la personalidad, el nombre y el estado civil, tienen carácter de derechos fundamentales. El nombre –que*

¹³ Archivo No. 22 del expediente digital

¹⁴ Archivo No. 23 del expediente digital

¹⁵ Archivo No. 24 del expediente digital

¹⁶ Pagina 7 a 15 del archivo No. 18 del expediente digital

comprende el nombre, apellido y seudónimo-, permite identificar a la persona en la sociedad e indica su vinculación con una familia. El estado civil, como se verá más adelante, ubica al individuo en la familia y ante la sociedad para que pueda ejercer sus derechos y contraer obligaciones. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el nombre es un elemento del estado civil¹⁷.

En cuanto a la identificación de la persona llamada a dar cumplimiento y/o acatar la orden judicial, la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil en auto de 15 de diciembre de 2014, precisó:

“Es que, en punto del incumplimiento de una orden de tutela, el desacato debe estar dirigido en concreto contra la persona natural, plenamente identificada, a quien se le impartió la misma o a quien compete acatarla en el evento de que no sea aquella. Para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso es necesario, entonces, determinar e individualizar al responsable de la conducta omisiva, notificándole, también, el auto que inicia el trámite del incidente de desacato, formalidades que no fueron cumplidas...”¹⁸ (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, precisó:

“...la valoración que se haga de la responsabilidad que pueda tener quien está llamado a cumplir la tutela, de ninguna manera puede ser de carácter objetivo, sino que se precisa una imputación subjetiva por comportar consecuencias de índole sancionatoria, y en razón de la eventual restricción de su libertad; **lo que supone, de modo ineludible, la identificación e individualización de la persona a la que se endilga la inobservancia de la orden de amparo.**

Al respecto, la Sala ha tenido oportunidad de precisar:

(...) la imposición de sanciones exige al juez de tutela, en aplicación del principio superior del debido proceso y los demás propios de los asuntos sancionatorios, ser sumamente metódico en los trámites e indagaciones tendientes a esclarecer la verdad de los hechos del desacato, así como la ‘individualización’ y responsabilidad de la persona a quien concretamente se le achaca la conducta antijurídica de la desobediencia de la orden por él dada. (CSJ ATC 20 abr. 1999, Rad. 6212).

En otra oportunidad, la Corporación explicó que la enunciada naturaleza del incidente de desacato reclama que:

(...) el individuo investigado, y no la entidad accionada, se encuentre debidamente notificado de la existencia de ese procedimiento en su contra, y que la sanción haya sido precedida por un riguroso apego a las ritualidades y al procedimiento previsto en el Decreto 2591 de 1991 y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, acorde con los parámetros ya reseñados, en aras de garantizar el debido proceso que le asiste al funcionario implicado. (CSJ ATC 18 nov. 2010, Rad. 51.390)

De todo lo anterior, emerge que en el trámite incidental resulta indispensable la vinculación del sujeto que está obligado a hacer efectivo el

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-450A de 2013

¹⁸ CSJ AC 15 dic. 2014, radicado No. 19001-22-13-000-2014-00090-01

cumplimiento de la orden de tutela, pues de otro modo no podría garantizarse su derecho de contradicción...¹⁹.

Criterio reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-034 del 03 de mayo de 2018, en la que señaló:

“La garantía del debido proceso en el marco del trámite incidental del desacato, ha sido caracterizada por vía jurisprudencial en los siguientes términos:

*“[N]o puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental, lo cual presume que el juez, sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. **Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa.** Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior.” (Negrilla fuera del texto)*

Adviértase, además, que previa apertura del trámite de incidente de desacato, no se dispuso la notificación del fallo de tutela al Dr. MELCHOR ALFREDO JACHO MEJIA – Gerente de Servicios de EMSSANAR EPS, y es que además, corresponde al Juez de tutela, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, **requiriendo al Superior responsable del cumplimiento de la orden judicial**, para que haga cumplir el fallo y abra el correspondiente proceso disciplinario a que haya lugar, sin perjuicio de que se abra proceso contra el Superior que no hubiere procedido conforme lo ordenado, el cual debe estar **plenamente identificado**.

A lo anterior, se agrega, que nuevamente se omitió correr traslado a los Funcionarios encargados del cumplimiento de la decisión judicial, por el término establecido en el artículo 129 del Código General del Proceso, conforme al cual *“En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por **tres (3) días**, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes”*; lo anterior, en detrimento de los derechos al debido proceso y la defensa de la persona que resultó sancionada.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en proveído del 10 de noviembre de 2016, precisó:

¹⁹ CSJ ATC342-2018, 5 febr. 2018, Rad. N° 2017-00088-02

“Así mismo, se ha indicado que el funcionario judicial en el trámite de la acción de tutela está obligado a velar por el respeto del debido proceso de las partes y los terceros con interés legítimo, en los términos más eficientes posibles, razón por la cual tiene que sujetarse a la forma como el legislador ha indicado se resuelvan las peticiones dentro del mismo y de no existir norma para ello, en todo caso, para salvaguardar los principios esenciales se deben aplicar en lo pertinente las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. (Corte Constitucional, Auto 229/03).

En ese orden, el desacato a la orden proferida por el juez constitucional está consagrado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, siendo su objeto la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado o amenazado a través de la sanción. La misma norma prevé que tal situación ha de surtirse mediante trámite incidental, lo que implica tener que acudir a las normas del estatuto procesal civil que regulan los incidentes.

4. Para anular la decisión consultada, debe señalar la Corte que, como el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 prevé que la sanción debe imponerse mediante trámite incidental, el Tribunal debía acudir a las normas del Código General del Proceso, vigente a partir del 1º de enero de este año, específicamente, al artículo 129, el cual consagra en su inciso 3º que: «En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes».

Acorde con lo expuesto, resultaba necesario, antes de la emisión de la providencia sancionatoria, que el Tribunal de conocimiento, en cumplimiento del inciso transcrito, decretara las pruebas solicitadas o las que de oficio considerara pertinentes. De no ser necesario el decreto de pruebas, debió motivar su determinación de relevarse del decreto, lo que en este caso no sucedió.

Sin embargo, en el trámite descrito, el Tribunal solamente otorgó un día para que se pronunciaran sobre los hechos del incidente, desconociéndose la norma referida, además, de no ser necesario el decreto de pruebas, debió motivar su determinación de relevarse de las mismas, lo que en este caso no sucedió.

Lo anterior deja en evidencia las irregularidades en el trámite del incidente, constitutivas de violación al debido proceso del sancionado que impone la necesidad de retrotraer la actuación hasta antes de la etapa previa a su iniciación²⁰.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 133 numeral 8º del Código General del Proceso, se procederá a decretar la nulidad por segunda vez de todo lo actuado a partir del auto del 23 de agosto de 2023, inclusive, a fin de que se proceda conforme lo dispuesto en este proveído. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 138 inciso 2º ibídem, y de **cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria**, teniendo en cuenta que como **representantes legales para acciones de tutela** conforme el certificado de existencia y representación legal de la entidad, también se enlista a NANCY ROCIO CAICEDO ESPAÑA. Así mismo, deberá tenerse en cuenta lo informado por EMSSANAR EPS y el accionante, a la hora de resolver el asunto, dado que según se indica, se renovó la autorización de servicios de salud -archivos 25 y 26 del expediente digital-.

²⁰ CSJ ATC7758-2016, 10 de noviembre de 2016, rad. 19001-22-13-000-2016-00110-01, M.P Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

Por lo expuesto, la Suscrita Magistrada²¹ de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la nulidad por segunda vez de todo lo actuado a partir del auto del 23 de agosto de 2023, inclusive, con el propósito de que la funcionaria de conocimiento proceda conforme lo dispuesto en la parte motiva de este proveído. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 138 inciso 2° del Código General del Proceso, y de **cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria**. Así mismo, deberá tenerse en cuenta lo informado por EMSSANAR EPS y el accionante, a la hora de resolver el asunto, dado que según se indica, se renovó la autorización de servicios de salud -archivos 25 y 26 del expediente digital-.

SEGUNDO: Notificar la presente decisión a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: Devolver el expediente al Juzgado de origen, vía electrónica, previa desanotación en el Sistema de Gestión Judicial.

Notifíquese y cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN

Magistrada

²¹ Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del C.G.P., y el Acta No. 001 de 2019 de esta Corporación, acogiendo el criterio expuesto por la CSJ STC2021-2019 del 21 de febrero de 2019 M.P: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.