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 02
Accionante:	OSCAR MARINO VERGARA MOSQUERA[1] agente oficioso de ANA MILENA MOSQUERA DIAZ
Accionado:	EMSSANAR EPS[2] - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - MENNAR[3]
Asunto:	Decreta nulidad

Popayán, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

En esta oportunidad, sería del caso entrar a decidir el grado jurisdiccional de consulta del proveído de fecha del 17 de agosto 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 2023[5]*.*

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 tratante[6].

Por auto del 19 de julio de 2023[7] se ordenó requerir "*a los Representantes Legales del EPS EMSSANAR SAS Y MENNAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS, y a sus Superiores Jerárquicos*" con el fin de que den cumplimiento a la orden de tutela. Para efectos de notificación se libró el oficio No. 0218 remitido por correo electrónico, según constancia visible en el archivo No. 02 del expediente digital[8].

El 24 de julio de 2023[9], la Asesora Jurídica de MENNAR SAS DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS, informa que los PAÑALES TIPO PANTS TALLA M solicitados por la accionante, no se encuentran dentro de los insumos contratados con la EPS EMSSANAR, por lo que le corresponde a dicha EPS realizar una cotización de dicho servicio, y luego de aprobada, se gestiona la entrega del insumo, pero hasta el momento la EPS no ha enviado cotización alguna, y por lo tanto, no es posible realizar la entrega de los mismos. En consecuencia, solicita abstenerse de decretar sanción alguna en contra de esa entidad[10].

Seguidamente, mediante proveído de fecha 26 de julio de 2023[11], la funcionaria de primer grado resolvió *"INICIAR formalmente"* el incidente de desacato contra "*EMSSANAR EPS SAS y MENNAR – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS, o a quienes estos hayan DELEGADO LA ATENCIÓN DE TUTELAS*", 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] Archivo No. 01 del expediente digital
[7] Archivo No. 02 del expediente digital
[8] Oficio circular No. 0218:

OFICIO CIRCULAR Nro. 0218
Santander Cauca, Julio 19 de 2023.

Señores
Rep. Legal EPS EMSSANAR SAS - accionado
MENNAR – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - accionado
ANA MARIA MOSQUERA DIAZ – accionante.

[9] Archivo No. 03 del expediente digital
[10] Archivo No. 04 del expediente digital
[11] Archivo No. 05 del expediente digital

incumplimiento a la sentencia proferida el 05 de julio de 2023, concediéndoles el termino de veinticuatro (24) horas hábiles, para que tome las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo; proveído comunicado mediante oficio No. 0222 remitido por correo electrónico, según constancia visible en el archivo No. 05[12].

El 04 de agosto de 2023[13], se dispuso la vinculación del señor LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA – Agente Interventor de la EPS EMSSANAR, concediéndole el término de dos (2) días para dar cumplimiento al fallo de tutela acusado de incumplido. Para la notificación se libró el oficio No. 0232, remitido por correo electrónico según se observa en el archivo No. 06 del expediente digital.

En escrito allegado el 04 de agosto de 2023[14], el señor OSCAR MARINO VERGARA MOSQUERA, insiste en la falta de cumplimiento al fallo de tutela, indicando que la entidad ahora señala que las ordenes médicas se encuentran vencidas, cuando el eventual vencimiento no devino por culpa del agenciado.

Mediante auto del 11 de agosto de 2023[15], el Juzgado resolvió INICIAR formalmente el incidente de desacato en contra de LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA en calidad de Agente Interventor de EMSSANAR EPS, o a quienes éstos hayan delegado la atención de tutelas, concediéndole el termino de veinticuatro (24) horas para dar cumplimiento al fallo de tutela; providencia notificada mediante oficio No. 039 remitido por correo electrónico.

Finalmente, mediante providencia del 17 de agosto de 2023[16], el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), dispuso sancionar al **Dr. VICTOR HUGO LABRADOR RINCON – REPRESENTANTE LEGAL PRINCIPAL PARA ACCIONES DE TUTELA EN AFILIACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE EMSSANAR EPS**, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 05 de julio de 2023, confirmado por el Tribunal Superior de Popayán mediante providencia del 01 de agosto 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

[12] Ver oficio:

Señores
EMSSANAR EPS SAS - accionado
MENNAR – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS – accionado
ANA MILENA MOSQUERA DIAZ – accionante.

[13] Archivo No. 06 del expediente digital
[14] Archivo No. 07 del expediente digital
[15] Archivo No. 09 del expediente digital
[16] Archivo No. 13 del expediente digital

dispuso en providencia del 26 de julio de 2023, abrir incidente de desacato contra "*EMSSANAR EPS SAS y MENNAR – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS o a quienes estos hayan DELEGADO LA ATENCIÓN DE TUTELAS*" –sin indicar la identidad de las personas naturales que tienen la representación de tales entidades-, y seguidamente, en auto del 11 de agosto de 2023, resolvió INICIAR FORMALMENTE incidente de desacato contra LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA en calidad de Agente Interventor de EMSSANAR EPS, y finalmente, el funcionario de primer grado resolvió sancionar mediante proveído del 17 de agosto de 2023, al Dr. VICTOR HUGO LABRADOR RINCON – REPRESENTANTE LEGAL PRINCIPAL PARA ACCIONES DE TUTELA EN AFILIACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DE EMSSANAR EPS.

Recuérdese, que en el auto de apertura de incidente de desacato no sólo debe identificarse sin lugar a dudas la persona contra la cual se seguirá el trámite en comento, sino que además, debe surtirse su efectiva notificación, dado que el mismo se adelanta contra la persona natural que lleva la representación de la entidad, y no contra la persona jurídica en sí misma; máxime cuando la eventual sanción conlleva un juicio de responsabilidad subjetiva en que haya podido incurrir la persona a quien se le atribuye el incumplimiento del fallo de tutela. Y es que en el caso concreto, conforme el certificado de existencia y representación legal de EMSSANAR EPS, el agente interventor es el señor LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJIA, mientras la representación en asuntos judiciales y de tutela, se encuentra en cabeza de varias personas, así:

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
REPRESENTANTE LEGAL PARA ACCIONES DE TUTELA	VICTOR HUGO LABRADOR RINCON	C.C. No. 1.022.322.897
REPRESENTANTE LEGAL PRINCIPAL PARA ASUNTOS JUDICIALES	CAMILO ANDRES SANCHEZ VALENCIA	C.C. No. 1.144.090.120
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
REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE PARA ASUNTOS JUDICIALES	DAYANNA CAROLINA HERNANDEZ RICO	C.C. No. 1.107.036.465
REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE PARA ASUNTOS JUDICIALES	OSCAR JOVANNY VALENCIA MANCHEGO	C.C. No. 16.916.145

documento cumple lo dispuesto en el
Para uso exclusivo de las entidades

De ahí, la necesidad de identificar a la persona llamada a dar cumplimiento y/o acatar la orden judicial, pues 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…"*[17] *(Resaltado y subrayado fuera de texto).*

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

"…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 meticuloso 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 cumplimiento de la orden de tutela, pues de otro modo no podría garantizarse su derecho de contradicción*…"*[18].

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

"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***

[17] CSJ AC 15 dic. 2014, radicado No. 19001-22-13-000-2014-00090-01
[18] CSJ ATC342-2018, 5 febr. 2018, Rad. N° 2017-00088-02

> ***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)*

Así las cosas, es necesario que el funcionario de primer grado como Juez Director del Proceso, identifique con claridad cuál es la persona llamada a acatar el fallo de tutela, y a la misma deberá surtirse la notificación de la sentencia cuyo cumplimiento se reclama, y del auto de apertura del incidente de desacato, como responsable del cumplimiento de la orden judicial, a fin de enterarla de la actuación que se adelanta en su contra, y al mismo tiempo, pueda dar respuesta a los hechos que sirven de fundamento al trámite incidental, y solicitar la práctica de pruebas que acaso considere necesarias

Adviértase también, que previa apertura del trámite de incidente de desacato, 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 no se corrió traslado a los Funcionarios encargados del cumplimiento de la decisión judicial, por el término es 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:

> *"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 iniciación"[19]*.*

De otro lado, el señor Juez a-quo omitió el decreto de pruebas, y es que de no estimarlo necesario debió motivar su determinación, conforme lo ha venido indicando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 133 numeral 8º del Código General del Proceso, se procederá a decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 19 de julio 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 2° ibídem.

Por lo expuesto, la Suscrita Magistrada[20] de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

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

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 19 de julio de 2023, inclusive, con el propósito de que el funcionario 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.

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

[20] 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.