



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación No : 81 001 3331 001 2017 00525 05
Demandante : Enrique Márquez Caviedes
Demandado : Nueva EPS
Medio de Control : **Tutela – Incidente de desacato**
Providencia : Auto que resuelve en **grado de Consulta**

ANTECEDENTES

1. Enrique Márquez Caviedes, en nombre de su esposa Margarita Barreto de Márquez, demandó en acción de tutela a la Nueva EPS, para que se ordenara brindarle la atención en la salud que requiere (fl. 3).

2. El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 14 de diciembre de 2017, resolvió amparar los derechos fundamentales invocados, y le ordenó a la demandada que valorara a la paciente y según el diagnóstico médico, le asignara citas, diera tratamientos y suministrara a ella y a un acompañante los gastos de traslado, entre otras decisiones que adoptó (fl. 3-9).

3. El demandante radicó incidente de desacato en contra de la Nueva EPS, en el que señaló que esa entidad ha incumplido la orden que se le impartió (fl. 1, 2, 16).

4. El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante auto del 5 de febrero de 2019 (fl. 54-56) –Providencia consultada-, declaró que Magda Viviana Garrido Pinzón, representante legal de la Nueva EPS en Arauca, incurrió en desacato, y le impuso como sanción dos SMMLV, entre otras decisiones que adoptó.

5. Magda Viviana Garrido Pinzón, representante legal de la Nueva EPS en Arauca, no se pronunció. Sin embargo, la Nueva EPS presentó escritos durante el trámite incidental (fl. 21-31, 39-52, 62-71).

Expresó que desde el momento mismo en que se le notificó la sentencia, ha estado presta a autorizar los servicios requeridos por la paciente; señala que en cuanto a la atención domiciliaria, se prestará a través de la IPS Mecas, que ya entregó Ensoy y pañales y se practicó terapia física, y anexó documentos al respecto, con lo que es improcedente el incidente de desacato. Reitera que han prestado los servicios ordenados y agrega que sobre la silla de ruedas, no se evidencia orden médica radicada en su oficina, y exhorta a que se le allegue para proceder a su suministro. Pide revocar la providencia de sanción.



CONSIDERACIONES

1. Aspectos procedimentales. Es competente el Tribunal Administrativo de Arauca para conocer del presente trámite en grado de consulta, en razón de lo previsto en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema jurídico. Consiste en: ¿Debe revocarse la sanción que le impuso el Juzgado Primero Administrativo de Arauca a Magda Viviana Garrido, representante legal de la Nueva EPS en Arauca, por incurrir en desacato de la sentencia proferida dentro del proceso?

3. La Acción de Tutela es el mecanismo que previó el constituyente para proteger judicialmente los derechos fundamentales, cuando no se tenga otro instrumento procesal para garantizarlos (Artículo 86, C. Po). En este sentido, el Juez que conozca de una demanda en razón de esta vía constitucional profiere una sentencia, que en firme, hace tránsito a cosa juzgada, presta mérito ejecutivo si es del caso, y como toda decisión judicial, es de imperioso cumplimiento. Es por esto que la parte tutelada (entidad pública o particular), al ser notificada de una providencia en su contra, debe adoptar las medidas necesarias para obedecerla.

Cuando la orden no se acata, el Juez cuenta con mecanismos para hacer ejecutar su decisión, tales como la orden de cumplimiento (Artículos 23 y 27, Decreto 2591 de 1991) o el desacato (Artículo 52, Decreto 2591 de 1991) –estos dos instrumentos incidentales son distintos y pueden darse en forma conjunta- o promover que se procuren sanciones penales (Artículo 53, Decreto 2591 de 1991)¹.

4. Sobre este trámite incidental en el caso de una sentencia de tutela, ha dicho la Corte Constitucional que "(...) dicho incidente de desacato se tramitará a petición de parte, y se adelantará cuando se alegue el incumplimiento de una orden judicial impartida al interior de una sentencia de tutela que haya hecho tránsito a cosa juzgada. De esta manera, el incidente de desacato surge como un instrumento procesal por el cual se da plena garantía al derecho constitucional de acceso a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), en tanto se orienta a la materialización de la decisión judicial dictada en sede de tutela, pues no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela."²

¹ Entre otras sentencias sobre el tema, T-271 de 2015.

² Ver Corte Constitucional, Sentencias T-527 de 2012; T-171 de 2009; T-459 de 2003.



Y ello es así, por cuanto el respeto y el debido y oportuno cumplimiento de las decisiones judiciales es uno de los pilares del Estado Social de Derecho y una de las elementales normas de convivencia social.

5. El demandante en el presente trámite incidental expresa que la entidad demandada no cumple la sentencia, pues no le ha entregado a la paciente los pañales, el alimento, las terapias, los resultados de la visita domiciliaria, y necesita una silla de ruedas y enfermería domiciliaria, e informa que tiene visita del médico para principios de enero de 2019, la que no se ha realizado. Agrega que Margarita Barreto de Márquez se encuentra en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital, solicita una remisión a Cúcuta y un examen de hemocultivo que la Nueva EPS se niega a autorizar.

Se destaca que este es el **quinto** incidente de desacato que se promueve en el proceso. Tres anteriores concluyeron con sanción y en el cuarto se revocó la impuesta en primera instancia, al comprobar que la Nueva EPS había entregado y ordenado los servicios y elementos que entonces requería la paciente.

6. Es importante advertir que para sancionar por desacato a quien incumple una orden de tutela, se debe estudiar el asunto tanto objetiva como subjetivamente.

Desde el punto de vista objetivo se determina si la orden se ha incumplido o no y desde el ámbito subjetivo, se observa la negligencia comprobada o diligencia de quien debió cumplir la orden.

La Corte Constitucional (Sentencia T-218 de 2012) ha consagrado que *"El incidente de cumplimiento y la sanción por desacato son figuras creadas por los artículos 23, 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, con el fin de que el juez de tutela utilice sus potestades, que incluyen poderes disciplinarios, y así obtenga el cumplimiento de un fallo de tutela que busca proteger derechos fundamentales cuando el obligado sea renuente a materializar las órdenes proferidas por el juez de tutela. Se trata así de dos mecanismos que puede utilizar el actor en sede de tutela, ya sea de manera simultánea o sucesivamente, ante el incumplimiento de la orden emitida en un fallo de amparo proferido con ocasión de la declaratoria de la vulneración o la amenaza de sus derechos fundamentales, no excluyentes entre sí: uno de tipo sancionatorio y otro de tipo material, pues de lo que se trata es del goce efectivo de los derechos fundamentales, razón de ser del Estado Social de Derecho conforme lo define el artículo 2º de la Constitución, que en la parte pertinente consagra como fin del referido tipo de Estado, la garantía de la efectividad "(...) de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)". Sin embargo, el Juez constitucional al conocer de un incidente de desacato está limitado por la parte resolutive de la sentencia que se alega incumplida (Corte Constitucional, sentencias T-553/02 y T-368/05); es*



decir, que no puede exigir más, pero tampoco menos de lo ordenado en la sentencia de tutela.

Conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado³, el Juez al conocer sobre un incidente de desacato debe verificar lo siguiente a fin de determinar el cumplimiento del fallo de tutela:

- 1.- A quién estaba dirigida la orden.
- 2.- Cuál fue el término otorgado para ejecutarla.
- 3.- El alcance de la misma.
- 4.- Si hay incumplimiento, y en caso de comprobarse, si es integral o parcial.

Lo anterior estructura el aspecto objetivo que debe analizarse sobre el tema, al que también se suma el aspecto subjetivo, referido al ámbito personal del incumplido, para determinar su responsabilidad, ya que el solo incumplimiento de la sentencia no da lugar a la imposición de la sanción, pues es necesario analizar si se incurrió en rebeldía sin una válida justificación y en dado caso, probar la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela; es decir, incumplimiento no es sinónimo ni consecuencia inexorable, de sanción.

Agrega la Corte Constitucional que la simple constatación del incumplimiento sin haber escudriñado las razones y circunstancias que la propiciaron, no puede devenir en una sanción por desacato, debido a que ello constituiría una responsabilidad objetiva del sujeto obligado, concepto que está prohibido por el texto superior.

La Corte Constitucional precisa que en el trámite incidental pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad, aclarando que no puede imponerse sanción 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 (sentencias T-1113 y T-368 de 2005)"⁴.

7. Respecto del aspecto objetivo en este trámite incidental.

Se tienen cumplidos los tres primeros elementos, toda vez que la orden está dirigida a la Nueva EPS, en cabeza de Magda Viviana Garrido Pinzón, representante legal de la entidad en Arauca, quien es la encargada de

³ Sentencias del febrero 7 de 2008, rad. 11001-03-15-000-2007-01192-01, M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez y del 22 de marzo de 2012, rad. 68001-23-31-000-2011-00153-01, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencias T-171 de 2009 y T 1113 de 2005, entre otras.



cumplirla, con diligencia y celeridad, y su alcance se determinó en cuanto a que en 48 horas debía asignarle a la paciente las citas que autorizara el médico tratante, brindarle los tratamientos, remedios y pañales desechables que se indiquen, y suministrarle a ella y a un acompañante los gastos de traslado cuando se requiera, aspectos éstos definidos en la sentencia de tutela (fl. 3-9).

Sobre el cuarto elemento, es decir, si no se ha acatado la providencia, y en caso de comprobarse, si el incumplimiento es integral o parcial, se encuentra que al expediente se allegaron por la Nueva EPS, varios escritos en los que considera que ha cumplido lo que se le ordenó.

Con los documentos que se aportaron, se establece:

a. Pañales: Se entregaron 120 (De los 360 autorizados) el 13 de noviembre de 2018 (fl. 42, 52). La Nueva EPS no desvirtuó la afirmación del tutelante sobre la falta de esos elementos en la actualidad.

b. Terapias: La última se practicó el 30 de noviembre de 2018 (fl. 42, 48-50). Se debe tener en cuenta que el 18 de octubre de 2018 se ordenaron 20 (Exp. 2017-00525-04).

c. Visitas médicas domiciliarias: El tutelante informó que desde hace cuatro meses no se realizan (fl. 16), afirmación que no fue desvirtuada por la Nueva EPS, que apenas menciona que autorizó el servicio a la IPS Mecas (fl. 22, 40-41, 63).

d. Ensoy: Se entregaron 9 unidades (De 27 autorizadas) el 13 de octubre y 13 de noviembre de 2018 (fl. 41-42, 46-47). La Nueva EPS no desvirtuó la afirmación del tutelante sobre la falta de esos elementos en la actualidad.

e. Silla de ruedas, enfermería domiciliaria, remisión a Cúcuta y examen de hemocultivo: El tutelante no demostró que alguno de estos servicios, elementos y traslado, haya sido ordenado por un médico.

f. Los documentos de servicios prestados que anexó la Nueva EPS a folios 64-69, corresponden a paciente distinto de Margarita Barreto de Márquez.

Así, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- La sentencia que impartió la orden, fue proferida el 14 de diciembre de 2017 (fl. 3).

- Hay plazo vencido frente a la obligación de entregar y practicar con diligencia y celeridad dentro de las 48 horas dadas (fl. 9-envés), el alimento especial (Ensoy), los pañales, las visitas domiciliarias y las terapias que se le ordenaron en la sentencia y se le han recetado a la



paciente; y la Nueva EPS no demostró que los ha suministrado, que corrobora la omisión en estos aspectos de la orden de tutela, con lo que no ha procedido a la atención que requiere la paciente.

De manera que existe incumplimiento parcial de la sentencia proferida.

Es de agregar que no se registra, ni la adujo la incidentada, alguna circunstancia de imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, la omisión se presenta dentro del contexto que muestra reiterada negligencia en la ejecución de la orden impartida (Este es el **quinto** incidente de desacato que se tramita), no se está en presencia de un estado de cosas inconstitucional, la orden emitida no encarna complejidad alguna para entenderla, y tiene la capacidad y la competencia funcional directas para la ejecución de las decisiones de amparo (Corte Constitucional, sentencia SU-034 de 2018).

De ahí que se ratifica su desacato.

8. En cuanto al aspecto subjetivo de la responsabilidad en caso de incumplimiento de una orden de tutela, se debe determinar de manera individualizada cuál es la persona específica y concreta -si bien no siempre se requiere el nombre, sino quién ocupa el cargo particular y determinado- que no acata la orden dada.

Se observa que en la sentencia de tutela no se le dio la orden a una persona o funcionario en particular, ni a quien ocupara un cargo específico y concreto en la entidad; se le impartió a la empresa de salud.

Esta circunstancia constituye una falencia sustancial para determinar responsabilidades, por cuanto si en la sentencia no se individualiza a una persona o a un cargo determinado, habría serias dificultades, pues no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación a quien en forma expresa no se le ha impuesto, y ello además imposibilita probar a quien le corresponde cumplirla.

Pero aquí, y solo por la intervención de Magda Viviana Garrido Pinzón en los anteriores incidentes y por la manifestación expresa de la entidad en sus escritos ante el presente trámite, se acredita que ella es la persona obligada a cumplir la orden que se impartió, calidad que informó y asumió de manera expresa, como representante de la Nueva EPS en Arauca.

Por lo tanto, es Magda Viviana Garrido Pinzón quien ha desacatado la orden judicial de tutela.

De otra parte, se advierte que en nuestro ordenamiento jurídico está proscrita la responsabilidad objetiva, por lo que es obligación del Juez sancionar solo si existe en el expediente prueba idónea del incumplimiento de la persona en particular y concreto que se considera



desacata una orden judicial por estar acreditado que era la responsable de ejecutarla, así como también de su proceder culposo o doloso, de si se le ha informado o conocía de la obligación que se le pretende reprochar, si se le ha garantizado el derecho al debido proceso, pues una acción de tutela como instrumento para garantizar los derechos fundamentales no puede ser utilizada en perjuicio de uno de esos derechos, de si ha tenido la oportunidad de cumplirla.

En suma, la sanción solo se aplica cuando se prueba la responsabilidad subjetiva de la persona que se cuestiona, sin que sea dable presumirla, porque resulta inconstitucional la simple ecuación "incumplimiento igual sanción".

En el expediente se demostró que la Nueva EPS en Arauca, en cabeza de su representante, Magda Viviana Garrido Pinzón, conoce de las órdenes que ha emitido el médico tratante para la paciente y sabe de la sentencia de tutela que se profirió desde el 14 de diciembre de 2017, sin que la haya cumplido en forma satisfactoria hasta hoy.

Además, conoce del trámite del incidente de desacato desde antes de abrirse el mismo (fl. 11-14); y que es sabedora plena de su obligación, lo confirman las tres sanciones previas que se le han impuesto; por lo tanto, se le ha respetado su derecho fundamental al debido proceso, y dentro de este, el de la defensa.

En este caso, no se demuestra que Magda Viviana Garrido Pinzón haya actuado con dolo en la omisión que se le reprocha, por lo que no se ordenará investigación penal o disciplinaria en su contra.

Y del análisis que se efectúa, se desprende es una falta de diligencia que ha tenido en su deber de solucionar el problema a su cargo para poder cumplir la orden impartida, ante el cual se reitera, le corresponde superar de inmediato pues no es excusa ni justificación para con esa conducta culposa, violar el derecho que tiene la paciente para recibir los servicios y elementos que corresponden y que requiere la atención de su salud, pues la demora la puede afectar de manera grave.

En consecuencia, probados los elementos objetivo y subjetivo del incumplimiento parcial de Magda Viviana Garrido Pinzón, respecto de una orden judicial en vía de tutela, procede confirmar la decisión de desacato y la imposición de multa de que fue objeto en la providencia consultada.

No cabe duda que el incumplimiento de una orden dada en una sentencia de tutela, como con insistencia lo recuerda la Corte Constitucional, no sólo constituye una vulneración de otro derecho fundamental adicional a los amparados, el de acceso a la administración de Justicia (Artículo 299, C. Po), sino que también configura una perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales cuya reparación se pretende precisamente



mediante las órdenes impartidas en sede judicial, y de principios y valores asociados con el modelo de Estado definido en la Constitución Política.

Además, con el desacato la incidentada está transgrediendo, como bien lo establece el Consejo de Estado (M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 28 de septiembre de 2017, exp. tutela 81001233300020150005606) dos bienes jurídicos protegidos por el orden Constitucional y Legal: Las garantías amparadas a través de la sentencia de tutela, esto es, los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la paciente, y la garantía de cumplimiento de la decisión judicial, esto es, las órdenes dictadas en instancia de tutela; agregó nuestra Alta Corte:

“Así mismo, advierte la Sala que la conducta de la autoridad sancionada durante el trámite de desacato se caracterizó por un mutismo exasperante, en donde el desentendimiento frente a las órdenes y los requerimientos de la administración de Justicia fue el común denominador, pues solo tuvo a bien pronunciarse, cuando ya la sanción en desacato había sido impuesta.

Cabe recordar una vez más que las disposiciones de los jueces son para cumplirlas en los términos que ellos dictan, pues realmente resulta extraño al Estado Social de Derecho la conducta de altos funcionarios, que siendo faros de la sociedad, opten por ignorar la vigencia de los derechos fundamentales expresada en una decisión judicial. Con ello no sólo erosionan gravemente la vigencia de las instituciones jurídicas, sino que autorizan a la ciudadanía para que resuelvan sus controversias a través de vías de hecho, que esta Corporación no vacila en rechazar”.

República de Colombia

9. En esta instancia, al igual que lo hizo el Juez, se reitera que la sanción que se impone no la exonera de cumplir de inmediato con la obligación que se le impuso en la orden de tutela.

También se hace la expresa advertencia que la decisión que se adopta no impide un nuevo incidente de desacato y de ser del caso, la imposición de una más drástica sanción, si persiste en el incumplimiento de la orden judicial que se profirió.

10. Por Secretaría y con inmediatez, se notificará y comunicará la presente providencia a las partes y a sus apoderados.

11. Por lo tanto, la respuesta al problema jurídico es que debe confirmarse la sanción que le impuso el Juzgado Primero Administrativo de Arauca a Magda Viviana Garrido.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia que se consulta, proferida el 5 de febrero de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca.



SEGUNDO: NOTIFICAR y COMUNICAR con inmediatez a las partes y a sus apoderados.

TERCERO: ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue estudiada y aprobada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CÍRMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia