



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO – SUCRE

Calle 23, Carrera 16 N° 22-51, Sexto Piso, Edificio Gentium, Tel. 2754780 Ext.: 2076

Sincelejo, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Tutela

Incidente de Desacato

RADICACIÓN N° 70001-33-33-009-2016-00257-00

ACCIONANTE: DOLORES VITOLA MONTERROZA en representación
de SEBASTIÁN HERNÁNDEZ VITOLA

ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la decisión de fondo del presente incidente de desacato, promovido por la señora DOLORES VITOLA MONTERROZA en representación de SEBASTIÁN HERNÁNDEZ VITOLA.

2. ANTECEDENTES

La señora DOLORES VITOLA MONTERROZA en representación de SEBASTIÁN HERNÁNDEZ VITOLA, presentó escrito el día 17 de octubre de 2017¹, solicitando la continuación del presente trámite incidental manifestando que la entidad accionada se rehúsa a cumplir con sus obligaciones contenidas en el fallo de tutela emitida por este juzgado el 14 de diciembre de 2016 .

Mediante providencia (fl.84) de fecha 26 de octubre de 2017, esta Unidad Judicial ofició al Dr. José Fernando Cardona en su condición de Presidente de la Nueva EPS; y a la Dra. Irma Luz Cárdenas Gómez, para que en el término de tres (03) días se manifestaran acerca de la solicitud presentada por la accionante, en el sentido de que se ha seguido vulnerando los derechos de su menor hijo; la cual fue notificada a la parte accionada el 30 de octubre de 2017 mediante Oficio No. 1694

¹ Fls. 81-82.

(2017-00257) (fl. 85) sin pronunciamiento de la misma.

Mediante auto del 14 de noviembre de 2017 (fl. 87) este Despacho dispuso requerir al Dr. José Fernando Cardona en su condición de Presidente de la Nueva EPS; y a la Dra. Irma Luz Cárdenas Gómez, para que en el término de tres (03) días se manifestaran acerca de las solicitudes presentadas por la accionante. Y mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2017, la parte incidentada solicitó al Despacho un margen de espera para aportar las pruebas que den cuenta de la gestión informando el nuevo prestador que atenderá al menor (fls.89-93).

En virtud de lo anterior, el 16 de enero de 2018 esta Unidad Judicial requirió nuevamente a la parte incidentada, recibiendo respuesta por parte de la misma el 25 de enero del presente año (fls.100- 106).

El 15 de febrero de 2018, mediante auto se resolvió desvincular del presente incidente de desacato al Dr. José Fernando Cardona Uribe y en su lugar se vinculó a la Dra. Danorela Valderrama; así mismo, se requirió por última vez a los incidentados para que informaran acerca de si se había realizado la fijación de fecha y hora con el prestador del servicio para la consulta de fisioterapia (fls. 131-132), recibiendo respuesta el 13 de marzo de 2018 (fls. 137-145).

1. CONSIDERACIONES:

El incidente de desacato tiene su fundamento legal en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el cual establece que:

"La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar".

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Sección Quinta del H. CONSEJO DE ESTADO, se pronunció en los siguientes términos:

"Entonces, el incidente de desacato es el instrumento procesal creado por el legislador para que, de un lado, sea eficaz la orden impartida por el juez de tutela y, de otro, sean efectivos los derechos fundamentales que se protegen y garantizan en la Constitución".

/.../ la Corte Constitucional ha dejado en claro que, en el incidente de desacato, el demandado goza de las garantías propias de los procesos sancionadores, por lo que sólo puede ser sancionado si se adelanta el trámite conforme al proceso debido, se reprochan conductas culpables y se impone el correctivo señalado en la ley (artículo 29 de la Constitución). Así, esa Corporación distingue dos tipos de responsabilidad: de un lado, la objetiva del incumplimiento y, de otro, la subjetiva del obligado a cumplir con la orden judicial, a quien sólo podrá reprochasele la negligencia, omisión injustificada e impericia en el cumplimiento del fallo. (...)

En este orden de ideas, el juez que conoce del incidente de desacato no puede agotar su análisis en el hecho objetivo del cumplimiento o incumplimiento, sino que, para imponer la correspondiente sanción, debe valorar los motivos y las circunstancias que precedieron al incumplimiento. De hecho, constituye un principio general del derecho el que nadie está obligado a lo imposible, por lo que no puede ser sancionado quien incumpliere una orden de tutela por hechos totalmente ajenos a su voluntad.

Así las cosas, la Sala precisa dos aspectos:

El primero: que el incumplimiento del fallo no necesariamente implica la sanción por desacato, pues el incumplimiento consiste en una conducta que, desde el punto de vista objetivo, es diáfana en establecer que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Y, desde el punto de vista subjetivo, el desacato se presenta cuando quien ha dado lugar a ese incumplimiento y a quien está dirigido el mandato judicial no ha sido diligente en el cumplimiento.

El segundo, que en el incidente de desacato no pueden resolverse nuevas situaciones jurídicas que no fueron planteadas en instancia, pues ese trámite se limita a definir si se cumplió o no con lo ordenado en el fallo de tutela. De igual modo, quién está obligado a cumplir con el fallo no puede aducir nuevos hechos para sustraerse de su cumplimiento, pues el momento procesal para hacerlo era el trámite de tutela. En consecuencia, el marco de competencia del juez que tramita el desacato está definido con la orden judicial que se produjo para amparar los derechos fundamentales de la demandante.”²

En relación con el marco conceptual de la actuación, el ejercicio de las facultades jurisdiccionales en relación con la sentencia de tutela, debe orientarse en dos sentidos, primero al cumplimiento del fallo, aspecto objetivo que se promueve por la mera vulneración al término estipulado en la sentencia y segundo, la aplicación de una sanción a quien se abstiene de dar cumplimiento a la sentencia de tutela, aspecto subjetivo que requiere consideraciones sobre su conducta.

Al respecto ha precisado el H. Consejo de Estado:

“Por lo anterior, i) Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a

² Auto de 25 de marzo de 2004, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC) C.P. Darío Quiñones Pinilla.

obtener el cumplimiento del fallo y 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia. En este sentido, la providencia que decida sobre la responsabilidad de los demandados debe estar precedida de un trámite gobernado, en especial, por el efectivo ejercicio del derecho de contradicción por parte de los implicados. Una decisión que no cumpla con esta característica, atenta contra el derecho fundamental al debido proceso y, por obvias razones, no está llamada a hacerse cumplir.”

Y ha reiterado:

“En la acción de tutela, tanto el incumplimiento del fallo como el desacato tocan el tema de la responsabilidad jurídica, pero mientras que el simple incumplimiento de la sentencia se refiere a una responsabilidad de “tipo objetivo”, el desacato implica la comprobación de una “responsabilidad subjetiva”. Esta precisión genera diferencias importantes en cuanto a las decisiones que puede tomar el juez de tutela y especialmente sobre las reglas y garantías que se deben respetar en el trámite previo a la adopción de decisiones, pues si bien el incumplimiento del fallo de tutela lleva consigo el desacato, tanto el trámite de cumplimiento de la orden como el trámite de desacato se rigen por postulados diferentes.

Así, para la constatación del incumplimiento de una sentencia de tutela basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado. No interesa averiguar el grado de culpa o negligencia de la autoridad encargada de darle cumplimiento, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que la orden sea finalmente cumplida.

En cambio, el desacato busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios por cuya culpa se ha omitido el cumplimiento de la sentencia. Juegan papel importante todos los elementos propios de un régimen sancionatorio, verbi gratia, los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc.”

Sobre estos mismos criterios la Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha señalado: i) el cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal. ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva. iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991.

La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto, es decir, que en cuanto el respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia. El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el Ministerio Público.

La perspectiva de sanción por responsabilidad de carácter subjetivo, conlleva especiales deberes del juez constitucional respecto del incidente de desacato y que atañen esencialmente a los derechos humanos del responsable del incumplimiento.

Así lo enseña la Corte Constitucional en Sentencia SU-960 de 1999, con ponencia del doctor José Gregorio Hernández Galindo:

"Es claro que, estando de por medio no solamente el derecho a la libertad personal sino la presunción de inocencia, que, como se recalca, requiere ser desvirtuada en forma contundente para llegar a la condena, el juzgado debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a obtener la comparecencia del sindicado al proceso, agotando todos los medios posibles para localizarlo y asegurar así el ejercicio de su derecho de defensa."

Tal como se encuentra puntualizado jurisprudencialmente, la sanción por razón del desacato debe considerarse como una "represión estatal formalizada" o de naturaleza penal, la que demandada un tratamiento acorde a las normas procedimentales en esta materia, pues "se debe entender que materias penales no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada."

En relación con la conducta de los responsables de cumplir la orden de tutela y los requerimientos del desacato se ha de tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia T-763 de 1998 citada por el H. Consejo de Estado en decisión del año 2007³, se refirió al contenido y alcance de las disposiciones relativas al cumplimiento del fallo y al incidente de desacato, respectivamente, en los siguientes términos:

"Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento. Y, si se trata del superior inmediato del funcionario que ha debido cumplir la orden, tratándose de la tutela, adicionalmente ha debido existir una orden del juez requiriéndolo para que hiciere cumplir por el inferior el fallo de tutela, dándosele un término de cuarenta y ocho horas porque así expresamente lo indica el artículo 27 del decreto 2591 de 1991."

En virtud de lo anotado, se precisa, que no puede el juez constitucional que vigila el cumplimiento de su fallo, desbordar, en ejercicio de la potestad sancionatoria, el marco trazado en la providencia transcrita, por

³ SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007).

lo que pasará a analizar el plenario de la actuación.

Cao concreto: En el fallo de tutela proferido por este Despacho de fecha 14 de diciembre de 2016 (fls. 4-21), se ordenó a la NUEVA EPS, lo siguiente:

"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física del menor SEBASTIÁN HERNÁNDEZ VITOLA, quien actúa a través de su madre la señora DOLORES VITOLA MONTERROZA, los cuales le vienen siendo conculcados por la **NUEVA EPS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia inmediata de lo anterior, se le ORDENA a la NUEVA EPS, para que en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, respecto del menor SEBASTIÁN HERNÁNDEZ VITOLA, autorice los servicios médicos especializados en fisioterapia pediátrica y realice las terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje que requiere, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

(...)”

Ahora bien, como puede observarse a la autoridad accionada Nueva EPS se le otorgó un término perentorio para que diera cumplimiento a la orden impartida en el fallo mencionado, frente a lo cual en el último requerimiento realizado por esta Unidad Judicial manifestó lo siguiente:

"(...)

Se realiza seguimiento del caso de Sebastián Hernández Vitola TI 1.102.821.099 Radicado 222983, se evidencia autorizaciones en salud servicio PBS de terapias #102638121 de rehabilitación funcional de la deficiencia/ discapacidad transitoria severa IPS Clínica Corposucre.

Usuario cumplió cita por fisioterapia programada para el día 16 de febrero de 2018 pendiente soportes de historia clínica.

El día 05 de marzo de 2018 3:40 p.m., se hizo contacto telefónico con la Sra. Dolores (madre del niño) a quien se le pidió confirmar asistencia de cita de fisioterapia el día 16 de febrero de 2018 en Clínica General del Norte, manifiesta que si fue atendido y se adjuntan soportes de atención.

Se entregó autorización del servicio de terapias de rehabilitación para la deficiencia para Clínica Corposucre S.A.S. Se entrega a madre del menor cita agendada para el 16 de marzo de 2018, una vez atendida se adjuntará soportes"

Por lo anterior y de acuerdo con los fundamentos fácticos descritos en los antecedentes, el Despacho no encuentra demostrada la responsabilidad objetiva ni subjetiva por parte de la entidad accionada, ya que la Nueva EPS demostró que ha realizado las gestiones pertinentes para dar cumplimiento a la orden impartida en el fallo de tutela proferido por este Despacho el 14 de diciembre de 2016, muy a pesar de no haber sido dentro del término perentorio establecido para ello en el respectivo fallo de tutela, pues en respuestas de varios requerimientos realizados por esta Unidad Judicial (fls. 84-93; y 100-106), se pudo observar que su actitud no fue renuente para cumplir el fallo.

Así las cosas, el Despacho observa que se ha configurado la carencia actual de objeto y en consecuencia de ello el Despacho se abstendrá de dar aplicación al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y ordenará el cierre y archivo del presente incidente de desacato.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo,

RESUELVE

PRIMERO: Abstenerse de dar aplicación al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, ordénese el cierre del incidente de desacato de la referencia y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO NAME GARAY TULENA

Juez

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SINCELEJO-SUCRE

Por anotación en ESTADO No _____, notifico a las partes de la providencia anterior, hoy _____ de _____ 2018, a las 8:00 a.m.
LA SECRETARIA