RAD. 038-2021.

REF. CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO.

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ATLANTICO.

Marzo cinco (5) de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho a resolver sobre la consulta, dentro del incidente de desacato promovido por HERNANDO MENDOZA PINZON quien actuó mediante agente oficioso contra COOMEVA E.P.S.

I. ANTECEDENTES.

El señor HERNANDO MENDOZA PINZON quien actúa a través de agente oficioso presentó acción de tutela a fin que se le protegieran los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad.

El juzgado SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA en proveído de 13 de abril de 2020 resolvió conceder el amparo constitucional solicitado. Y ordenó a COOMEVA E.P.S en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces, autorice a la respectiva IPS a fin de que practique el procedimiento de implantación de electrodo para estimulación cerebral profunda por estereotaxia (código pups 028308) y de generador para neuroestimulación intracraneal (código pups 028314) ordenado por el médico tratante al accionante HERNANDO MENDOZA PINZON y demás servicios médicos que se ordenaran por el mismo profesional de la salud con ocasión de la cirugía ordenada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

El señor HERNANDO MENDOZA PINZON presentó incidente de desacato nuevamente por incumplimiento de COOMEVA E.P.S solicitando sanciones por desacato al representante legal, por los que el juzgado SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES abrió incidente de desacato el 15 de diciembre de 2020 contra COOMEVA E.P.S representada por los señores HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ Gerente Regional Zona Norte de Coomeva E.P.S. por incumplimiento del fallo del 13 de abril de 2020.

En proveído de 18 de febrero de 2021 el A-Quo (JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BARRANQUILLA) resolvió sancionar a HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ en su condición de responsable directo de cumplimiento de fallos de tutela de la empresa COOMEVA E.P.S imponiéndole multa de siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes y tres (3) días de arresto a su representante legal.

Decisión que hoy es materia de consulta.

CONSIDERACIONES.

Del cumplimiento de los fallos de tutela y el incidente de desacato.

La acción de tutela, como mecanismo especial, subsidiario, ágil y de protección inmediata, debe concluir siempre con una sentencia en la que, de aparecer demostrada la vulneración o la amenaza de algún derecho fundamental, se adopten medidas tendientes a proteger el derecho. Tales medidas pueden ir desde acciones que una autoridad deba ejecutar o abstenciones claramente definidas que dicha autoridad deba observar en procura de ese derecho.

Las órdenes que profiere el juez de tutela son de estricto e inmediato cumplimiento por parte de los funcionarios públicos o de los particulares, según el caso. Para que los mandatos sean cumplidos cabal y oportunamente, la ley contempla mecanismos que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia y, subsidiariamente, la sanción de los responsables del desacato.

Por una parte, están las normas que regulan el cumplimiento del fallo, como el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que dispone:

> *"ART. 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*
>
> *Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. 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 su sentencia.*
>
> *Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.*
>
> *En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".*

De la norma en cita se desprende que el juez de tutela puede y debe agotar todos los mecanismos necesarios para restablecer el derecho fundamental violado o eliminar las causas de la amenaza. El juez, al enterarse del incumplimiento del fallo, debe, en primer lugar, requerir al superior del funcionario renuente para que haga cumplir la orden de tutela y abra el correspondiente proceso disciplinario. En segundo lugar, si transcurridas 48 horas después del requerimiento no se han cumplido las disposiciones contenidas en el fallo, ordenará abrir el proceso disciplinario en contra del superior y adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia.

Por otra parte, el desacato está regulado en el artículo 52 del mismo decreto 2591, así:

> *"ART. 52. Desacato. 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.*
>
> *La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción".*

Como puede verse, la sanción por desacato es sólo una consecuencia posible del incumplimiento del fallo de tutela, de ahí que el citado artículo 27 establezca que el juez "*podrá"* sancionar por desacato al responsable y al superior que no cumplieren con la tutela. Dicho poder sancionatorio es diferente de la facultad para hacer cumplir el fallo de tutela, aunque los dos pueden coexistir sin que sean excluyentes.

Ahora bien, tanto el incumplimiento del fallo como el desacato tocan el tema de la responsabilidad, 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, como se verá, 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 sobre incumplimiento y desacato.

En efecto, para la verificación del incumplimiento de una sentencia de tutela basta con que el juez encuentre demostrado que la orden impartida no se ha materializado y que, por tanto, el derecho permanece violado o bajo amenaza. Esto es, que el responsable se ha sustraído de la obligación de cumplir con las órdenes dictadas en el fallo de tutela. En estos casos, no interesa indagar sobre el grado de culpa o negligencia de la autoridad o del funcionario encargado de cumplir, pues de lo que se trata es de tomar medidas para que el amparo de los derechos fundamentales sea finalmente cumplido en los plazos otorgados.

En cambio, en el desacato se busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario o funcionarios que, en principio, han debido cumplir con las órdenes dadas en el fallo de tutela. Ahí sí juegan un papel importante todos los elementos propios del régimen sancionatorio, verbigracia, 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, etcétera.

En ambos casos, de todas maneras, es imperativo el respeto del debido proceso y el derecho de defensa. Pero cobran mayor importancia cuando se trata del incidente de desacato, ya que al paso que el desacato tiene naturaleza sancionatoria, el mero trámite para el cumplimiento del fallo busca que efectivamente las órdenes impartidas por el juez se cumplan.

En el trámite incidental de desacato se hace necesario que se notifique, o al menos comunique, al incumplido sobre la iniciación del trámite, para que informe las razones por las que no ha acatado la orden y ejerza el derecho de defensa. Además, la providencia que decide el incidente de desacato deberá ser notificada para que el obligado a cumplir la sentencia se entere de las decisiones que ha adoptado el juez en desarrollo de ese incidente. Todo eso con el objeto de asegurar la debida comparecencia de los sujetos obligados a cumplir tanto las órdenes dadas en el fallo de tutela como en la providencia que resuelve el incidente.

De todo lo anterior, el Despacho concluye que:

1. Ante la queja de que el fallo se ha incumplido, el juez tiene dos posibilidades que no se excluyen: (i) iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo o ii) iniciar un incidente de desacato en contra del funcionario o funcionarios renuentes, todo

eso miradas las circunstancias que rodean el caso y siempre con el fin principal de asegurar la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo.

2. 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. Por tanto, no tiene una finalidad sancionatoria. En cambio, el incidente de desacato, además de buscar la efectiva materialización del fallo de tutela, tiene como finalidad la de sancionar al responsable o responsables de ese incumplimiento.

3. 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. Por su parte, el incidente de desacato es de naturaleza subjetiva, ya que es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad de la persona o personas que estaban obligadas al cumplimiento de la sentencia.

4. En ambos casos, se deberá observar y garantizar el derecho de defensa de los encargados de cumplir la tutela.

5. Las órdenes que se imparten en los fallos de tutela se dirigen a un funcionario en particular o a la autoridad responsable de la amenaza o el agravio para que las cumplan en los plazos otorgados. Generalmente, el contenido de las órdenes emitidas está determinado por el objeto, los sujetos y el plazo. Es decir, la conducta (o abstención) ordenada, el encargado de cumplirla y el término otorgado.

Tales elementos delimitan el campo de acción del juez que conoce del incidente de desacato o de las solicitudes de cumplimiento y, a su vez, le permiten determinar si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa.

Por regla general, las órdenes de tutela dirigidas contra las autoridades públicas deberían impartirse identificando de modo pleno al agente, al servidor, al funcionario encargado de atender dichas órdenes. Esto es, que debe el juez identificar al funcionario o a la autoridad por el nombre específico del cargo y no necesariamente, claro está, por el nombre de la persona física que lo ocupa. Excepcionalmente los mandatos podrían darse genéricamente a la entidad pública, pero eso crearía cierta incertidumbre respecto de quién, en concreto, será el funcionario encargado de cumplirlos.

6. El hecho de que se demuestre el incumplimiento del fallo no es suficiente por sí sólo para concluir que hubo desacato sancionable en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, ya que bien puede ocurrir que, a pesar de la evidencia del incumplimiento, existan circunstancias eximentes de responsabilidad que lleven a concluir que no hay lugar a imponer la sanción por desacato o no se acredite la responsabilidad del funcionario.

7. Por último, hay que advertir que si lo que se pretende es sancionar al superior jerárquico, ha de estar bien acreditado en autos que el juez lo requirió para que hiciere cumplir el fallo y que aún así dicha autoridad omitió los deberes de instrucción y mando que ostenta dentro de la estructura administrativa de la entidad.

Del caso concreto.

Tal y como se indicó en párrafos anteriores, el señor HERNANDO MENDOZA PINZON quien actúa a través de agente oficioso presentó acción de tutela a fin que se le protegieran los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad.

El juzgado SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA en proveído de 13 de abril de 2020 resolvió conceder el amparo constitucional solicitado. Y ordenó a COOMEVA E.P.S en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces, autorice a la respectiva IPS a fin de que practique el procedimiento de implantación de electrodo para estimulación cerebral profunda por estereotaxia (código pups 028308) y de generador para neuroestimulación intracraneal (código pups 028314) ordenado por el médico tratante al accionante HERNANDO MENDOZA PINZON y demás servicios médicos que se ordenaran por el mismo profesional de la salud con ocasión de la cirugía ordenada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

El señor HERNANDO MENDOZA PINZON presentó incidente de desacato nuevamente por incumplimiento de COOMEVA E.P.S solicitando sanciones por desacato al representante legal, por los que el juzgado SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES abrió incidente de desacato el 15 de diciembre de 2020 contra COOMEVA E.P.S representada por los señores HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ Gerente Regional Zona Norte de Coomeva E.P.S. por incumplimiento del fallo del 13 de abril de 2020.

En proveído de 18 de febrero de 2021 el A-Quo (JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BARRANQUILLA) resolvió sancionar a HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ en su condición de responsable directo de cumplimiento de fallos de tutela de la empresa COOMEVA E.P.S imponiéndole multa de siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes y tres (3) días de arresto a su representante legal.

Es así que evidenciado el expediente y tal como lo ha manifestado el A-quo, de la respuesta dada por COOMEVA E.P.S no se infiere que exista prueba en estos momentos del cumplimiento del fallo constitucional, reiterando una conducta repetitiva de dilación en sus descargos, exponiendo situaciones de índole administrativa que evidencian el deseo de no cumplir con lo ordenado en fallo de tutela, que dicho sea de paso fue expedido el 13 de abril del 2020 (casi un año) tiempo suficiente para haberlo ejecutado, máxime teniendo en cuenta las condiciones de salud del actor HERNANDO MENDOZA PINZON y de la urgencia del tratamiento requerido para mejorar su patología.

Entonces, ante la evidente falta de diligencia del incidentado, el Despacho ordenará el cumplimiento inmediato del fallo de tutela de 13 de abril de 2020, emitido por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BARRANQUILLA y confirmará las sanciones impuestas por dicho juzgado el dieciocho (18) de febrero de 2021 a HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ en su condición de responsable directo de cumplimiento de fallos de tutela de la empresa COOMEVA E.P.S.

Por lo expuesto, el juzgado DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ATLANTICO,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la providencia donde se impone la sanción impuestas por el juzgado SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA del 18 de febrero de 2021 contra HERNAN DARIO RODRIGUEZ ORTIZ en su condición de responsable directo de cumplimiento de fallos de tutela de la empresa COOMEVA E.P.S imponiéndole multa de siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes y tres (3) días de arresto a su representante legal.

Notifíquese y cúmplase,

MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA.

JUEZA.