

República de Colombia



*Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Cuarto Penal Municipal
Con Funciones de Conocimiento
Cartago-Valle del Cauca*

Referencia	Incidente de Desacato
Radicación:	76-147-4004-004-2019-00145-00
Incidentante:	Luz Elena Parias Flórez
Afectada:	María Rosalba Flórez de Parias
Incidentado:	Coosalud EPS-S
Asunto:	Decisión Tramite Incidental
Fecha:	Marzo veinte (20) de dos mil veinte (2020)
Interlocutorio #	109

I.- MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Lo es resolver la solicitud de trámite incidental de desacato que interpusiera la ciudadana **LUZ ELENA PARIAS FLOREZ**, actuando como agente oficiosa de la señora **MARIA ROSALBA FLOREZ DE PARIAS**, una vez la entidad accionada **COOSALUD EPSS** incumpliera la orden impartida en la sentencia Nro. 135 fechada el 10 de junio de 2019, proferida en primera instancia por este Despacho, brindando amparo a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna titulados por la afectada.

2.- ANTECEDENTES

2.1. Situación que precedió al trámite.

La situación fáctica que acompaña esta actuación se contrae a que mediante Sentencia No. 135 del 10 de junio de 2019, se dispuso la protección de los derechos prioritarios a la a la salud, seguridad social y vida digna, de la ciudadana **MARIA ROSALBA FLOREZ DE PARIAS**. Para el efecto se dispuso “... **ORDENAR** al representante legal de la **EPS-S COOSALUD**, o quien haga sus veces, llevar a cabo la **VALORAION POR ORTOPEDIA** programada para el día 19 de junio de 2019 a la señora **MARIA ROSALBA FLOREZ DE PARIAS**, tal como lo ha manifestado en su respuesta. Una vez realizada dicha valoración realizar la cirugía de **REPLAZO ARTICULAR** conforme lo ordene el médico tratante en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración...”. El servicio no se ha autorizado ni efectuado por la EPS incidentada.

En vista de lo anterior y como quiera que la parte accionante consideró que no se le había dado cumplimiento a lo ordenado por esta judicatura hasta la fecha

de presentación de la solicitud, pidió dar inicio al trámite incidental por desacato el día 13 de marzo de 2020.

En la misma fecha se emite Auto Interlocutorio, proveído que ordenó la apertura del incidente según lo reglado en el artículo 52 del Decreto reglamentario, dando traslado a la obligada del escrito y sus anexos. Hasta la fecha la entidad ha permanecido en silencio. A efectos de notificación de la decisión se libró el oficio 920 en la fecha antes indicada, obrando en la foliatura la respectiva constancia de envío al correo electrónico notificacionjudicial@coosalud.com

3. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Nacional consagra a la acción de tutela como un mecanismo rápido, eficaz y asequible, cuya finalidad es el permitir a los ciudadanos solicitar de los jueces constitucionales, la salvaguarda de tales derechos frente a la vulneración o amenaza que pudieran presentar los mismos por parte de las autoridades y los particulares en los casos que han sido previamente definidos por la ley.

De igual forma, el Decreto 2591 de 1991 reglamentario del mencionado instrumento, en aras de garantizar que efectivamente se dé cumplimiento a las órdenes impartidas por los jueces constitucionales al tutelar los derechos fundamentales de las personas, contempla diferentes instrumentos de los cuales puede hacer uso el accionante al considerar en algún momento que la entidad demandada está incumpliendo de manera injustificada con la orden dictada por la autoridad judicial.

Entre los mecanismos que se precisan para alcanzar el efectivo acatamiento del fallo dictado en sede constitucional, señala en su artículo 52¹, la posibilidad que tiene el accionante de solicitar el inicio de un trámite incidental, para que el funcionario judicial analice el comportamiento de aquella persona que incumplió la orden por éste proferida a efectos de sancionar o no por desacato a la misma.

Es menester recordar que el núcleo central del trámite incidental por desacato se circunscribe por una parte a un factor objetivo, es decir constatar el efectivo incumplimiento de la orden constitucional; y, por otra parte, analizar en el aspecto subjetivo, si la omisión es el resultado de un acto negligente de la autoridad encargada de cumplir la orden, esto es, del agente sobre el cual recaía la responsabilidad de ejecutarla.

Atinente la naturaleza del trámite incidental y la finalidad de las sanciones que de él se derivan, ha sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“Pues bien: cuando el sujeto o autoridad responsable del agravio no da cumplimiento a lo resuelto dentro del término estipulado, el juez que obró como autoridad de primera instancia^[40] está llamado a hacer acatar la orden con el fin de garantizar la efectividad del derecho protegido, para lo cual puede, además de adoptar las medidas para propiciar el cumplimiento –conforme a lo previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991–^[41], tramitar el incidente de desacato contra el obligado que se muestre renuente a la observancia del fallo, tal como, desde muy temprano, lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional:

“El sistema jurídico tiene prevista una oportunidad y una vía procesal específica para obtener que los fallos de tutela se cumplan y para provocar que, en caso de no ser obedecidos, se apliquen sanciones a los responsables, las que pueden ser pecuniarias o privativas de la libertad, según lo contemplan los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991. El incidente respectivo, al que se ha referido esta Corporación en

¹ 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 (Decreto 2591 de 1991).

varios fallos, tiene lugar precisamente sobre la base de que alguien alegue ante el juez competente que lo ordenado por la autoridad judicial con miras al amparo de los derechos fundamentales no se ha ejecutado, o se ha ejecutado de manera incompleta o tergiversando la decisión del fallador.^[42]

La tarea del juez que instruye un incidente de desacato consiste, entonces, en examinar si la orden proferida para la protección de un derecho fundamental fue cumplida, o no, por su destinatario, en la forma prevista en la respectiva decisión judicial^[43]. Esto excluye que en el trámite del desacato puedan hacerse valoraciones o juicios que hayan sido objeto de debate en el respectivo proceso de tutela, pues ello implicaría reabrir una controversia que ya ha concluido, en detrimento de la seguridad jurídica y el principio de cosa juzgada^[44].

En este orden de ideas, la autoridad que adelanta el incidente de desacato se debe limitar a verificar los siguientes aspectos: (i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso^[45].

Empero, esta Corporación ha admitido en determinados eventos la posibilidad de que el juez instructor del desacato module las órdenes de tutela – particularmente tratándose de órdenes complejas^[46] en tanto no pueden materializarse inmediatamente y precisan del concurso de varios sujetos o entidades (v.gr. asuntos de política pública)– en el sentido de que incluya una orden adicional a la principal o modifique la misma en sus aspectos accidentales – es decir, en lo relacionado con las condiciones de tiempo, modo y lugar–, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, respetando el principio de cosa juzgada y sin alterar el contenido esencial de lo decidido originalmente, de conformidad con los siguientes parámetros o condiciones de hecho^[47]:

- (a) Porque la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane;*
- (b) Porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público –caso en el cual el juez que resuelve modificar la orden primigenia debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz–;*
- (c) Porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.*

Por otra parte, en el proceso de verificación que adelanta el juez del desacato, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo^[48].

En este contexto cobra vertebral importancia un juicio adecuado en torno a la responsabilidad subjetiva en cabeza del destinatario de la orden de tutela, pues no basta con constatar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso para dar por supuesta una actitud indolente por parte del mismo^[49]. Es por esto que se ha sostenido que “al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador”^[50].

De allí se desprende que corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado^[51]– pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción^[52].

En la misma línea, es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato exige una plena observancia del debido proceso, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “[s]i el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva”, al paso que “[s]i el auto que decide el desacato absuelve al inculpado, se puede incurrir en vía de hecho si la absolución es groseramente ilegal.”^[53]

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.”^{[54]2}

Considerando los derroteros jurisprudenciales referidos, procede el Despacho a analizar el caso concreto.

Del caso concreto.

Inicialmente debe anotarse que la parte Incidentada, **COOSALUD EPS-S** representada legalmente para temas de salud y tutelas por la doctora ROSALBINA PEREZ ROMERO, se encuentra debidamente enterada del seguimiento de este trámite y de las consecuencias que se avienen al incumplimiento del fallo de tutela No. 135 proferido desde el 10 de junio de 2020. Ello se evidencia con la constancia de envío de la comunicación y sus anexos. Transcurrido el término otorgado para que la entidad diera cuenta de los motivos de la inobservancia de la orden judicial, aportara o solicitara la práctica de pruebas, nada adujo al respecto.

De ahí, es viable estimar como verídicos los hechos expuestos por la agenciante de la **ciudadana MARIA ROSALBA FLOREZ DE PARIAS**, y valorar como negligente el proceder de la entidad frente al procedimiento requerido por la afiliada consistente en la realización de la **CIRUGÍA DE REEMPLAZO ARTICULAR**, tal como lo ordenara el médico tratante.

² Sentencia SU 034-18

Por ello no es necesario en el presente asunto, ampliar el término de diez (10) días con el que se cuenta para decidir en esta instancia, según lo determinara la Corte Constitucional en sentencia C- 367 de 2014, pues se entiende que la parte Incidentada no solicitó la práctica de pruebas y surge clara la responsabilidad de la representante legal de la entidad frente al desacato, en tanto que, a pesar de haber contado con diferentes oportunidades para pronunciarse, explicar las causas externas o de fuerza mayor que le impiden procurar efectivamente la autorización y materialización de la cirugía **DE REEMPLAZO ARTICULAR**; ha optado de manera injustificada por continuar omitiendo la prestación.

La Corte Constitucional ha dicho respecto a la fundamentalidad del derecho a la salud:

“...3.6. Al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de integralidad^[13] debe ser entendido como la obligación que tienen las EPS de otorgar los servicios, procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud^[14].

En efecto, este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

Así las cosas, colige la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud^[15]. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, en suma “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”^[16].³

³ T-487-14

Se resalta que el amparo conferido en el fallo de tutela desde hace más de nueve (9) meses y cuyo cumplimiento se limitaba a un término perentorio, se extiende a restablecer derechos de alta envergadura, en tanto que la salud y la vida digna de la señora **FLOREZ DE PARIAS** se deterioran de manera progresiva como consecuencia del diagnóstico de **INFECCIÓN Y REACCIÓN INFLAMATORIA DEBIDA A OTROS-TRAST CADERA-OTRAS CONSULTAS**, pues es claro que la no realización de la **CIRUGIA DE REEMPLAZO ARTICULAR** deteriora de manera notable la salud y la vida digna de la paciente.

Los beneficios de la cirugía de reemplazo articular se precisan así:"

- Mejora en el movimiento y uso de la articulación. La cirugía puede reemplazar o estabilizar la articulación, permitiéndole permanecer parado o caminar más fácilmente
- Alivio del dolor. La cirugía puede aliviar el dolor que no responde a otros tratamientos.
- Mejoramiento en la alineación de las articulaciones deformadas. El realineamiento de las articulaciones deformadas puede hacer que luzcan y funcionen bien.”⁴

Por otra parte, no es posible estimar en este asunto que la actitud negligente de la encargada de la **EPSS COOSALUD** se justifique válidamente; inicialmente, porque ninguna prueba aportó o solicitó para justificar la causa del incumplimiento, tampoco ha atendido los requerimientos y comunicaciones que se le envían desde el momento de la emisión del fallo, ni ha denotado interés alguno en el trámite, a lo que se aúna que el desconocimiento del mandato constitucional de velar por un debido ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no se justifica con la existencia de reglamentos o decretos de inferior jerarquía, menos aún con dificultades contractuales o presupuestales del Estado.

De contera, el comportamiento desobediente que asume la representante legal de la entidad **COOSALUD EPS-S**, no solo de cara a las necesidades de la

⁴ <http://espanol.arthritis.org/espanol/tratamientos/cirugia/cirugia-beneficios-riesgos/>

afiliada, sino ante la orden y el requerimiento efectuado por la judicatura, representa el comportamiento omisivo meritorio de sanción, conforme lo predica el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido que se requiere la activación de este mecanismo para alcanzar la efectivización del amparo abarcado por la orden constitucional. Es posible en el caso concreto, adoptar como sanción, para la funcionaria obligada, el término de tres (3) días de arresto, pues no se logró la autorización y materialización de la cirugía de REEMPLAZO ARTICULAR ni con la notificación de la sentencia ni la advertencia de las posibles sanciones a las que se vería compelida si la incumplía.

Bajo ese entendido, este Despacho al momento de decidir sobre el término de la sanción y tope de la multa, no solo considera lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sino que acoge el lineamiento contenido en la sentencia SU 034-18, sobre la finalidad del incidente de desacato:

“...Acerca de la finalidad que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Sala Plena de esta Corte y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada^[55]; de suerte que no se persigue reprimir al renuente por el peso de la sanción en sí misma^[56], sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados^[57].(...)”

(...)En síntesis: el incidente de desacato es un instrumento procesal para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados mediante la acción de tutela, que tiene lugar cuando el obligado a cumplir una orden de tutela no lo hace. En este trámite incidental, el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, puede sancionar con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes judiciales encaminadas a restaurar el derecho vulnerado, lo cual debe efectuarse con plena observancia del debido proceso de los intervinientes y dentro de los márgenes trazados por la decisión de amparo.⁵

⁵ Sentencia SU 034-18

Consecuente con lo analizado, se procederá a sancionar a la funcionaria responsable, con arresto de tres (3) días y multa por valor de UN (1) SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE, pagaderos a favor de la Nación, el cual deberá ser consignado en la cuenta Nro.3-0070-00004 del Banco Agrario de Colombia S.A. y 050-00118-9 del Banco Popular, denominada DTN-Multas y Cauciones- Consejo Superior de la Judicatura. Entérese de esta decisión a la oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Ahora, a fin de insistir en la necesaria protección de los derechos que se dispensaran en el fallo de tutela, mismos que aún se encuentran en franco menoscabo, procurando su cumplimiento, se ordenará nuevamente a la infractora que proceda de inmediato a cumplir o a hacer efectivo lo decidido en la sentencia desacatada.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 53 del Decreto 2591 de 1991, se dispondrá compulsar las copias pertinentes para la Unidad Seccional de Fiscalías de esta ciudad, a fin de que asuma el conocimiento de la conducta aquí desplegada por la representante legal para temas de salud y acciones de tutela de la **EPSS COOSALUD**, quien podría estar inmersa en el tipo penal de Fraude a Resolución Judicial que describe y sanciona el art. 454 del Código Penal. La Fiscalía deberá informar a este despacho las resultas de la indagación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONOCIMIENTO** de Cartago (Valle),

R E S U E L V E.

PRIMERO: DECLARAR que la doctora **ROSALBINA PEREZ ROMERO**, en su condición de Representante legal para temas de salud y tutelas de **COOSALUD**

EPS-S, ha desacatado la orden impartida en la Sentencia Nro. 135 del 10 de junio de 2019, proferida por este Juzgado en favor de los derechos fundamentales de la ciudadana **MARIA ROSALBA FLOREZ DE PARIAS**.

SEGUNDO: SANCIONAR a la Doctora **ROSALBINA PEREZ ROMERO**, en su condición de Representante legal para temas de salud y tutelas de **COOSALUD EPS-S**, con tres (3) días de arresto, los cuales deberá cumplir en las instalaciones de la Policía Metropolitana de la ciudad de Cali Valle. De igual manera se le ordena cancelar una multa por valor de UN (1) SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE, pagaderos a favor de la Nación, el cual deberá ser consignado en la cuenta Nro.3-0070-00004 del Banco Agrario de Colombia S.A. y 050-00118-9 del Banco Popular, denominada DTN-Multas y Cauciones- Consejo Superior de la Judicatura. Entérese de esta decisión a la oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

TERCERO: Contra esta decisión no procede ningún recurso, empero, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, SÚRTASE el grado jurisdiccional de Consulta ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartago Valle. Remítase el expediente una vez libradas las comunicaciones correspondientes.

CUARTO: Oficiese nuevamente la Doctora **ROSALBINA PEREZ ROMERO**, en su condición de Representante legal para temas de salud y tutelas de **COOSALUD EPS-S**, entidad aquí accionada, para que de forma inmediata si no lo hubiese efectuado, proceda a dar cabal cumplimiento al fallo de tutela referido autorizando y materializando la **CIRUGIA DE REEMPLAZO ARTICULAR**, requerida para la señora **MARIA ROSALBA PARIAS DE FLOREZ**, ello en virtud a la orden que se emitió en la sentencia multicitada.

QUINTO: De ser confirmada la sanción, OFICIESE a la Policía Nacional- de la ciudad de Cali, para que proceda a la aprehensión de la sancionada y su traslado

hasta las instalaciones del Comando de la Policía Metropolitana de esta localidad, donde deberá cumplir el arresto aquí dispuesto. Deberá la autoridad encargada de la captura, vigilar el cumplimiento de la orden emitida y dar cuenta a este Despacho de la permanencia del funcionario, en el lugar de detención.

SEXTO: COMPÙLSESE las copias de las actuaciones pertinentes a la unidad de Fiscalía de la ciudad, con el fin de que inicie la correspondiente investigación por el delito de Fraude a Resolución Judicial, en el que presuntamente ha incurrido el mencionado funcionario.

SEPTIMO: OFICIAR a la Oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial, con sede en Cali- Valle, con el fin de que se adelanten las gestiones pertinentes para el cobro de la multa aquí impuesta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PAULA CONSTANZA MORENO VARELA
Juez
ORIGINAL FIRMADO

