



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, tres (3) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO: CONSULTA – INCIDENTE DE DESACATO

DEMANDANTE: CILENA PATRICIA PEÑA AVENDAÑO

DEMANDADO: NUEVA EPS

RADICADO: 20-001-33-33-001-2019-00239-03

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I.- ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver la consulta de la providencia de fecha 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual sancionó a la Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, por el incumplimiento al fallo de tutela de fecha 6 de agosto de 2019, dictado por ese juzgado.

II.- SOLICITUD DE DESACATO.-

La accionante en su escrito solicita lo siguiente:

Principal: De conformidad con lo antes narrado, con m acostumbrado respeto, solicito a su señoría, se sirva requerir a la NUEVA EPS para que de manera inmediata proceda a suministrar el medicamento denominado **MOMETASONA SRAY NASAL**, en las cantidades, forma y periodicidad determinadas por mi médico tratante, de conformidad con las fórmulas que anexo, los cuales, son vitales para el tratamiento de las delicadas patologías padecidas por el niño Matias Peña Avendaño.

Accesoria: En caso de que persista el incumplimiento a que sea ha hecho referencia, se sirva su señoría imponer las sanciones propias del desacato establecidas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991¹. (Sic para lo transcrito).

III.- PROVIDENCIA CONSULTADA.-

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, en providencia de fecha 25 de noviembre de 2019, sancionó a la Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, con sanción de tres

¹ Ver folio 1.

días de arresto y multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el incumplimiento al fallo de tutela de fecha 6 de agosto de 2019, dictado por ese juzgado.

El juzgado de origen, luego de hacer un recuento normativo respecto al trámite incidental por desacato, determinó:

“(.)

El incidentalista al presentar el desacato que hoy nos ocupa, manifiesta que la NUEVA EPS no ha cumplido el fallo de tutela proferido en esta instancia, en el suministro del medicamento NOMETASONA SPARAY NASAL, y aunque la entidad incidentada argumenta haberse comunicado con la madre del menor Matias Peña Avendaño quien presuntamente le aseguró haber recibido el medicamento referenciado, hay que resaltar que la NUEVA EPS no aporta evidencia alguna de ello, es decir, constancias de recibido o de entrega de parte del prestador médico, razón por la cual esta judicatura no puede dar por surtido lo argumentado por la EPS cuando no hay prueba de ello, recordando que es la entidad quien posee la carga de la prueba encontrándose en mejores condiciones para demostrar el cumplimiento del fallo judicial del 06 de agosto de 2019, pues el incumplimiento recae sobre la representante legal zonal Valledupar”². (Sic para lo transcrito).

IV.-CONSIDERACIONES.-

4.1.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

El desacato tiene fundamento en el incumplimiento de la orden dada por un juez dentro del trámite de una acción de tutela, así que inobservada la orden, el juez debe imponer la sanción correspondiente por desobediencia.

Ahora bien, la Corte Constitucional³ en reciente pronunciamiento, consagró las etapas que debe adelantar el juez para buscar el cumplimiento del fallo de tutela cuestionado, así:

“4.3.4.8. El trámite de cumplimiento sigue el procedimiento previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que otorga amplios poderes al juez de tutela para hacer cumplir la sentencia, valga decir, para garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos amparados⁴. Hay tres etapas posibles en el procedimiento para cumplir con el fallo de tutela: (i) una vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda; (ii) si esta persona no lo cumpliere dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra un proceso disciplinario contra ella; (iii) si no se cumpliere el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez “ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo”⁵

4.3.4.9. De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para

² Ver folio 23 reverso.

³ Corte Constitucional C/367 del 11 de junio de 2014.

⁴ Cfr. Sentencia T-123 de 2010.

⁵ Supra II, 4.3.3.1.5.

que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo.⁶ (Sic para lo transcrito).

Así las cosas, tal como se vio, en caso de existir incumplimiento de la orden judicial, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, consagró un trámite incidental especial que concluye con un auto que si es sancionatorio debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuya finalidad consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción.

Y ello es así, por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente, y sumario, que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial atención al principio de celeridad en este trámite accesorio. Es decir, el juez encargado de hacer cumplir el fallo tiene también la facultad para sancionar por desacato del mismo, sin que sea dable confundir una actuación (cumplimiento del fallo) con la otra (el trámite de desacato).

En efecto, el desacato consiste en una conducta que, mirada objetivamente por el juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido y, desde el punto de vista subjetivo, la negligencia comprobada de la persona para el cumplimiento de la decisión; no pudiendo, por tanto, presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. En síntesis, la procedencia de la sanción por desacato consagrada en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 exige comprobar que, efectivamente y sin justificación válida, se incurrió en rebeldía contra el fallo de tutela.

Por lo tanto, la figura jurídica del desacato no es más que un medio que utiliza el juez del conocimiento de la tutela, en ejercicio de su potestad disciplinaria, para sancionar a quien desatienda las órdenes judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales en favor de quien ha demandado su amparo.

Así las cosas, el desacato se concibe como un ejercicio del poder disciplinario frente a la desatención de una orden proferida por la autoridad competente en el curso del trámite de la acción de tutela, y, trae como consecuencia la imposición de una sanción, previo trámite incidental especial, consultable con el superior jerárquico quien decidirá si debe revocarse o no.

Con relación a la sanción impuesta en las acciones constitucionales de aplicación inmediata, por ejemplo en las acciones de tutela, la Corte Constitucional, en forma reiterada ha sostenido, en sentencia T- 421 de 23 de mayo de 2003, el siguiente señalamiento, respecto de la facultad del juez para sancionar por desacato a quien incumple un fallo de tutela, así:

"Del texto subrayado [refiriéndose a la parte final del artículo 27 del Decreto ley 2591 de 1991] se puede deducir que la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia. Al ser así, el accionante que inicia el incidente de desacato se ve afectado con las resultas del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció.

⁶ Cfr. Sentencia T-171 de 2009.

“Segundo, la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

“En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. Al contrario, si el accionado no acepta la existencia de desacato y el juez, por incorrecta apreciación fáctica, determina que éste no existió, se desdibujará uno de los medios de persuasión con el que contaba el accionado para que se respetara su derecho fundamental. Al tener un carácter persuasivo, el incidente de desacato sí puede influir en la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante y en esa medida existiría legitimación para pedir la garantía del debido proceso a través de tutela”. (Sic)⁷.

Lo anterior ha sido corroborado por la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, así:

“La Corte ha reconocido en reiterados pronunciamientos que la imposición de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela⁸. En tal sentido, en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la imposición de una sanción, deberá proceder a acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y se haya decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se le imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo”⁹. (Sic para lo transcrito) (Sic).

Lo anterior significa para la Sala, que en el caso del desacato, las medidas sancionatorias impuestas sólo resultarían sostenibles en contra del acusado, en la medida que exista prueba en el expediente de que el accionado fue enterado personalmente del inicio del incidente, y, hubiese incurrido en una actitud *reticente, rebelde o caprichosa*, encaminada a no cumplir con las obligaciones a él impuestas por la autoridad judicial, pero si el sancionado luego de adelantado todo el proceso de incidente cumple con la orden emitida en el fallo de tutela, la sanción impuesta puede ser revocada.

Lo anterior, como quiera que no se puede perder de vista, que el único fin del incidente de desacato, debe ser lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes.

Ahora bien, la sanción por desacato a fallo de tutela no tiene naturaleza de reproche penal, sino que ésta tiene un carácter correccional imponiéndose en ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado claro que en el incidente de desacato el obligado a dar cumplimiento al fallo de tutela goza de todas las garantías propias de los procesos sancionadores, razón por la cual sólo es posible imponer la sanción si se ha adelantado el proceso debido, se reprochan conductas culpables y se imponen las sanciones que se encuentran determinadas en la ley.

Lo anterior quiere decir, que para que se aplique la sanción se debe analizar un aspecto objetivo representado en el incumplimiento de la orden judicial, y un

⁷ Ver sentencia T- 421 del 23 de mayo de 2003. Corte Constitucional.

⁸ Sentencia T-171 de 2009, T-652 de 2010 y T-421 de 2003.

⁹ Sentencia T-482 de 2013.

aspecto subjetivo del obligado a cumplir, lo cual se configura por una clara desidia y abandono de la obligación impuesta por el juez, plenamente comprobada, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.

Al respecto el H. Consejo de Estado se ha referido diciendo que:

*"Precisamente, en razón a lo expuesto, 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. 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 reprochársele 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"*¹⁰. (Sic).

Así las cosas, dado que la sanción por desacato se impone al servidor que de manera negligente e injustificada incumpla la orden judicial de amparo, dicho funcionario debe ser vinculado en debida forma al trámite incidental, garantizando el derecho al debido proceso y a la defensa, para ello, el juez de primera instancia que conozca de éste debe actuar de la siguiente manera:

*"1) identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas; es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas; 2) luego de identificados, notificarles en forma personal la apertura del incidente y, sólo en caso de que ésta sea materialmente imposible, notificar por cualquier medio siempre que quede plena certeza de que el servidor público o particular incumplido conoció de la actuación; 3) darle traslado al incidentado para que rinda sus argumentos de defensa; 4) si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión; 5) resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada, en caso afirmativo, imponer sanción; 6) siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta"*¹¹. (Sic).

De manera entonces, que el juez deberá garantizar los derechos de defensa y debido proceso del incidentado, para lo que deberá observar que se cumplan con los términos y trámites establecidos para el mismo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla. Sentencia de 25 de marzo de 2004. Rad. Num. 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Radicación: 25000-23-25-000-2008-00619-02, Actor: Omar Giraldo Loaiza y otros, Demandado: Presidencia de la República, Acción Social, Ministerio de Hacienda, Ministerio de la Protección Social, Fonvivienda y otros.

En efecto, la notificación del servidor público o particular encargado de ejecutar la orden de tutela, es una exigencia que permite garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona en quien recaerá la sanción, luego entonces, dicha notificación debe surtirse a dicha persona y no a la entidad pública o privada, garantizando de esta manera la intervención del funcionario o particular a quien se le endilga responsabilidad por el desacato de la orden judicial y asegurando así su derecho de contradicción.

En este sentido, cuando los autos que se dictan al interior del trámite incidental no se notifican en forma personal al incidentado, sino que se le comunica o notifica a la entidad, y el funcionario no contesta el incidente, de ello no se puede desprender que éste sea renuente, pues lo que existe es una clara violación de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

4.2.- CASO CONCRETO.-

En el presente asunto se debe establecer, si es acertada la decisión del juez de primera instancia de sancionar por desacato a la Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, por el incumplimiento al fallo de tutela de fecha 6 de agosto de 2019, dictado por ese juzgado; o si por el contrario, dicha orden debe ser revocada, al no habersele garantizado los derechos de defensa y debido proceso en el transcurso del trámite incidental.

Resulta preciso recordar cuál fue la orden dada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en el ya citado fallo de tutela del 6 de agosto de 2019, para lo cual se transcribe a continuación la parte resolutive del mismo:

"PRIMERO: TUTÉLESE los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social, Dignidad Humanada y demás conexos del menor MATIAS PEÑA AVENDAÑO (..)

SEGUNDO: ORDENESE a la Dra. VERA JUDITH CEPEDA FUENTES Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, o a quien haga sus veces, para que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga entrega efectiva de os medicamentos denominados NOMETASONA FUROATO 0.05%, y BUDESONIDA 100MCG (INHALADOR) al menor MATIAS PEÑA AVENDAÑO (...)"¹².

Ahora bien, en vista del presunto incumplimiento de la orden anterior, la señora CILENA PATRICIA PEÑA AVENDAÑO en nombre y representación de su menor hijo MATIAS PEÑA AVENDAÑO, presentó incidente de desacato el día 6 de noviembre de 2019, con el fin de que ésta fuera acatada, y se impusieran las sanciones legales.

En virtud de lo anterior, mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2019 (v.fl.7), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, previo a ordenar el trámite incidental de desacato, requirió al Director Regional Norte de NUEVA EPS, para que en un término improrrogable de dos (2) días, hiciera cumplir el fallo de tutela del 6 de agosto de 2019 proferido por ese juzgado, y abriera u ordenara abrir el correspondiente procedimiento disciplinario contra la doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, Gerente Zonal Valledupar. Lo anterior fue notificado a través de correo electrónico (v. fls. 8 y 9), obteniéndose contestación por parte de la apoderada de la entidad (v. fls' 11 a 15).

¹² Ver folio 4 reverso.

Posteriormente, por medio de auto de fecha 18 de noviembre de 2019 (v. fl. 16), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar dispuso la apertura del incidente desacato contra la Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, ordenando que dentro del término de dos (2) días cumpliera en su integridad el fallo de tutela del 6 de agosto de 2019 proferido por ese juzgado, y además ejerciera su derecho de defensa. Lo anterior fue notificado a través de correo electrónico (v. fl. 16 reverso), siendo contestada nuevamente por la apoderada de la entidad (v. fls 17 a 21).

Al respecto, considera la Sala, en primer lugar, que si bien es cierto las notificaciones de la decisión adoptada mediante el auto previo, y en el cual se dio apertura del incidente, fueron enviadas a correos institucionales de NUEVA EPS, con anexo del contenido de las providencias, habiéndose obtenido contestación en las dos oportunidades por la apoderada judicial de dicha entidad, esto no garantiza que quien debía ser notificada de las decisiones, haya tenido conocimiento de las mismas, ya que no se identificó concretamente la persona a la que se debía notificar.

En efecto, la notificación del auto de fecha 18 de noviembre de 2019, por el cual se dio apertura del incidente, debió estar acompañada del oficio de notificación personal al sancionado, enviado a la dirección en donde funciona su oficina, en aras de garantizar que la persona sobre la cual recayó la orden tutelar, haya tenido conocimiento de la decisión.

Así las cosas, al no existir certeza que la persona contra quien se abrió el incidente y resultó sancionada, se hubiese enterado del presente trámite incidental, no es posible concluir que ésta fue renuente en desacatar la orden impartida, indispensable para imponer la sanción por desacato.

Lo anterior evidencia la violación del derecho al debido proceso, a la defensa y contradicción de la Gerente Zonal Valledupar de NUEVA EPS, doctora VERA JUDITH CEPEDA FUENTES, puesto que por causa de su indebida notificación, le fue impuesta una sanción por desacato, sin darle la oportunidad de presentar sus descargos durante el traslado del incidente.

Así las cosas, se advierte que en el presente asunto se configura la causal de nulidad establecida en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso que dispone: *"Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado...."* (Sic).

Ahora bien, según la norma, en principio tal nulidad debe ser alegada por el afectado, en este caso el sancionado, no obstante, por tratarse de un trámite que impone una sanción, es preciso que el juez examine el caso, y, por vía de consulta, adopte las medidas de saneamiento necesarias en torno a garantizar el debido proceso.

Debe recordarse, que el trámite de consulta se surte por orden del legislador e impone examinar tanto los aspectos de orden formal del proceso, como los de carácter sustancial que conllevan la imposición de la sanción.

Por lo tanto, en el presente asunto, no es requisito que la nulidad la alegue el afectado, pues el juez del trámite de consulta debe adoptar las medidas de saneamiento que sean necesarias.

Lo anterior, en principio llevaría simplemente a revocar la sanción, empero tratándose de un trámite dirigido al cumplimiento de orden judicial de tutela, es necesario que adicionalmente se surta la debida actuación, para efectos de que la persona obligada a cumplir la tutela la conozca, y de esta manera proceda a su cumplimiento so pena de sanción. Proceder en forma contraria, tornaría nugatoria la protección de los derechos fundamentales concedidos en la sentencia de tutela, imponiéndosele además que deba interponer una nueva petición de desacato.

Conclúyase de lo dicho, que en procura de garantizar el cumplimiento efectivo de la orden de tutela y a la vez el derecho de defensa y contradicción del sancionado, se debe decretar la nulidad de lo actuado a fin de que se renueve la actuación a partir del auto de apertura del incidente, inclusive, y en adelante, teniendo en cuenta las observaciones efectuadas en esta providencia.

V.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en el trámite del incidente promovido por la señora CILENA PATRICIA PEÑA AVENDAÑO, desde el auto de apertura del incidente de desacato de fecha 18 de noviembre de 2019, inclusive, y en adelante, teniendo en cuenta las observaciones efectuadas en esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, para que renueve la actuación dentro del trámite incidental.

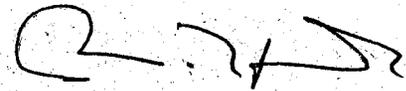
TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito y eficaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 105, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE