



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SALA PLENA DE DECISIÓN

AUTO DE UNIFICACIÓN

RADICACIÓN:	50 001 33 33 009 2018 00148 02
ACCIÓN:	TUTELA
TRÁMITE:	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO
ACCIONANTE:	HENDY MAYELT CARDONA en representación de JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS
ACCIONADO:	NUEVA EPS

Resuelve Sala Plena, en grado jurisdiccional de CONSULTA, el incidente de desacato propuesto por la señora HENDY MAYELT CARDONA en calidad de agente oficioso de JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS en contra de la NUEVA EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 27 de agosto de 2018 la **JUEZ NOVENA ADMINISTRATIVA ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, tuteló los derechos fundamentales a salud e integridad personal de JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS, disponiendo que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, la NUEVA EPS garantizara la materialización de los siguientes servicios¹: *"GLUCERNA LA POR 400 GR, CONSULTA DE CONTROL O DE SIGUIIMIENTO POR ESPECIALISTA EN MEDICINA INTERNA y NEUROLOGÍA; CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN; TERAPIAS FISICA INTEGRAL, OCUPACIONAL INTEGRAL, FONOAUDIOLOGICA INTEGRAL SOD y RESPIRATORIA INTEGRAL (observaciones: DOMICILIARIA DIARIA POR 3 MESES TOTAL 90) o (#20 SESIONES X MES Y #60SESIONES PARA 3 MESES) al señor Jose Neftaly Cardona Cuartas en la periodicidad y cantidad ordenados por su médico tratante"*.

Del mismo modo, ordenó a la NUEVA EPS *"que garantice a favor del señor Jose Neftaly Cardona Cuartas, una prestación integral en los servicios de salud, esto es, facilite todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, servicios, intervenciones, cirugías y terapias, entre otros, de manera continua, oportuna, eficiente"*.

¹ Folios 72 a 78 del incidente.

e ininterrumpida que le sean ordenados al mencionado paciente y/o usuario de acuerdo con las prescripciones de los médicos tratantes y respecto de los diagnósticos de "HEMORRAGIA INTRACEREBAL EN HEMISFERIO, SUBCORTICAL", SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGICA U OCLUSICA y DIABETES MELLITUS, NO ESPECIFICA".

A través de escrito presentado el 21 de noviembre de 2018², la señora HENDY MAYELT CARDONA FORERO en calidad de agente oficioso de NEFTALY CARDONA CUARTAS interpuso **INCIDENTE DE DESACATO** en contra de la NUEVA EPS, argumentando que no había dado cumplimiento al fallo de tutela, toda vez que no ha suministrado los siguientes elementos o servicios médicos: (i) ortesis de rodilla; (ii) férula para miembro superior; (iii) terapias físicas; (iv) una silla de ruedas; (v) glucerna por 400 gr y (vi) la totalidad de los pañales requeridos.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante providencia del 21 de enero de 2019³, la **JUEZ NOVENA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** impuso sanción por desacato a los doctores GERMÁN EDUARDO COLMENARES FERRER y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de Gerente Zonal Meta y Presidente de la NUEVA EPS, respectivamente, consistente en arresto de un (1) día y multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por incumplir el fallo de tutela del 27 de agosto de 2018, proferido por ese despacho.

Surtido el grado jurisdiccional de consulta de dicha providencia, el 18 de febrero de la presente anualidad, el tribunal revocó parcialmente el mencionado auto respecto de la sanción impuesta al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente de la NUEVA EPS, y confirmó lo demás, incluyendo la sanción impuesta al señor GERMÁN EDUARDO COLMENARES FERRER en calidad de Gerente Zonal de la NUEVA EPS⁴.

En esa ocasión, la sala mayoritaria de decisión número uno, revocó la sanción respecto del Presidente de la Nueva EPS por cuanto no se le notificó personalmente al correo electrónico personal institucional, privado o de manera presencial, y además ordenó al *a quo* que previo a dar apertura al incidente de desacato en contra del señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE como presidente de la Nueva EPS, se le requiriera para que hiciera cumplir la sentencia del 27 de agosto de 2018, la cual debía notificársele a través del correo electrónico personal institucional, privado o de forma presencial.

² Fls.1-6, cuaderno incidente.

³ Folios 80-84.

⁴ Folio

Por lo anterior, a través de auto del 2 de abril de 2019 la juez de primera instancia requirió al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente de la NUEVA EPS para que informara si el señor GERMÁN EDUARDO COLMENARES como Gerente Zonal Meta había dado cumplimiento al fallo de tutela, y en caso negativo, adelantara todas la gestiones para que el mismo se cumpliera⁵.

Ante el silencio del requerido, en auto del 7 de mayo de 2019⁶, la Juez de primera instancia dispuso iniciar el trámite incidental de desacato en contra del doctor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en calidad de presidente de la NUEVA EPS, respectivamente, corriendo traslado por el término de tres (3) días, para que en la contestación del incidente solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer y aportara las que tuviese en su poder.

Posteriormente, el 29 de mayo de 2019, el *a quo* vinculó a la señora KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA en condición de Gerente Regional Centro Oriente de la NUEVA EPS y como superior jerárquica inmediata del Gerente Zonal Meta de la misma entidad⁷.

III. PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante providencia del 17 de junio de 2019⁸, la **JUEZ NOVENA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** impuso sanción por desacato a los doctores JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA en calidad de Presidente y Gerente Regional Centro Oriente de la NUEVA EPS, respectivamente, consistente en arresto de un (1) día y multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por no garantizar el cumplimiento del fallo de tutela del 27 de agosto de 2018, proferido por ese despacho.

Expuso que los autos de requerimiento, apertura y vinculación fueron notificados por el medio más expedito y eficaz a los sancionados, teniendo en cuenta que "i) *el apoderado de la entidad incidentada, tiene conocimiento del presente asunto e intervino en él*, ii) *si bien, los actos de notificación respectivos cuentan con acuse de recibido y sello impuesto no se encuentran suscritos por los funcionarios de la NUEVA EPS S.A. (Katherine Townsed Santamaria y José Fernando Cardona Uribe), no es menos cierto que, dicha tarea no debe ser asumida por esta Operadora judicial, máxime cuando se ha procedido procurando tal misión [fls.101 y 116 cuado. Inci.] y iii) las notificaciones realizadas han sido efectivas como quiera que el apoderado y la Secretaria General y Jurídica de la entidad incidentada, han hecho manifestaciones como consecuencia de tales actos*".

⁵ Folio 90.

⁶ Folios 106-107.

⁷ Folio 113.

⁸ Folios 126-131..

Por otra parte, el *a quo* indicó que ninguno de los sancionados demostró las actuaciones encaminadas a lograr que sus subordinados dieran cumplimiento al fallo de tutela o que hubiesen llevado a cabo las gestiones para obedecerlo, toda vez que durante todo el trámite incidental guardaron silencio, por ende, acotó que desde el punto de vista del elemento objetivo no desvirtuaron el incumplimiento endilgado.

Del mismo modo, en relación con el elemento subjetivo, señaló que era evidente la actitud negligente de los sancionados frente a las funciones que les asiste como superiores del responsable de dar cumplimiento al fallo de tutela, pues se desconocía si aquellos realizaron algún tipo de acción para que el subordinado acatara la orden constitucional, toda vez que optaron por guardar silencio y no participar en el trámite incidental.

Asimismo, el juez de primera instancia agregó que *"con los diversos actos de notificación llevados a cabo se procuró persuadirlos para que encausaran sus conductas al cumplimiento efectivo de la decisión en aras de revindicar materialmente los derechos fundamentales quebrantados, pero a la fecha, no se ha evidenciado la conducta esperada, ni acciones positivas encaminadas a garantizar su obediencia"*.

IV. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El delegado del Ministerio Público señaló que el juzgado de primera instancia, fue cuidadoso con la notificación en el trámite del incidente de desacato, pues los requerimientos, apertura y vinculación de la Gerente Regional Centro Oriente fueron enviados al correo oficial en el que se reciben notificaciones judiciales por parte de la incidentada, el cual se encuentra publicado en la página web oficial. Agregó, que también se remitió esta información a través de la empresa de correos 472 a la sede de la presidencia de la Nueva EPS y tiene constancia de recibido.

Asimismo, indicó que la Nueva EPS a lo largo del trámite incidental ha contado con un *"apoderado, debidamente constituido, quien incluso ha venido interviniendo, solo que no ha podido acreditar el cumplimiento total del fallo. Es decir que tuvo pleno conocimiento del incidente de desacato, por más de 10 meses la NUEVA EPS, sin haber acreditado el cabal cumplimiento del fallo"*.

Del mismo modo, acotó que *"si bien inicialmente no conoció directamente el presidente de esa entidad, debió conocer, dado que no solo llegó el correo a la dirección oficial de notificaciones, sino a funcionarios de varios niveles, incluso del nivel directivo, los cuales a luz del manejo interno tenían la obligación de remitir el trámite (art. 21 del CPACA, modificado por la ley 1755 de 2015)."*

Aseguró, que no podía obligarse al juzgado a notificar directamente a un correo institucional del presidente de la Nueva EPS, pues según el rastreo que realizó en la página web de la entidad, no se encuentra. Contó que similar situación vivió cuando fungió como juez de la República, y por tanto, aseveró que al juez no debía imponérsele el papel de investigador privado *"que logre descubrir las direcciones electrónicas secretas"*, pues con ello *"se privilegia el manejo interno de algunas entidades, permitiendo la burla de las decisiones judiciales"*.

Igualmente, señaló que el procedimiento adelantado por el juzgado de primera instancia guarda relación con la Ley 527 de 1999 o Ley de Comercio Electrónico, la cual tiene más de 20 de años de uso y debe tener plena aplicación en entidades Estatales o con alta participación del Estado como en el caso de la entidad incidentada.

Por otra parte, indicó que *"en cuanto al respaldo jurisprudencial para la toma de las decisiones sancionatorias, en tiempo reciente, es decir unos dos años para acá, no he visto la primera decisión de la Corte Constitucional que diga que se debe notificar en forma personal los requerimientos o los autos de apertura del incidente"*. Además, citó un pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el que afirma que la apertura del incidente de desacato no debe ser notificado personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, por lo tanto, era un *"precedente susceptible de acoger, al no haber fallo de unificación sobre el particular"*.

Por último, advirtió que se debía *"tener en cuenta la magnitud del incumplimiento del fallo, versus los derechos fundamentales del debido proceso de los funcionarios sancionados. Y si bien ambos son importantes, en el test de ponderación, la experiencia nos ha enseñado que si los jueces no actúan con suficiente firmeza para hacer cumplir los fallos en materia de salud, simplemente las EPS no da cumplimiento a las sentencias, suelen ser indolentes y las personas se suelen agravar o incluso morir, por la inacción de las entidades de salud, ante la poca acción firme judicial. Y es claro que actuar con firmeza, no significa violar los derechos fundamentales del accionado, porque se insiste, fue bien notificado, tenía apoderado, conocía del incidente y no acreditó el cumplimiento del fallo y por el contrario, el paciente, si continua agravándose día a día, dado su deplorable estado de salud"*.

Por todo lo anterior, solicitó que se confirmara el auto consultado, tanto en el arresto y la multa impuesta contra los directivos de la entidad incidentada.

IV. CONSIDERACIONES

1. Tema objeto de unificación:

Mediante auto del 21 de junio de 2019, la Sala Plena de la corporación avocó el conocimiento de este asunto para proferir auto de unificación sobre el siguiente aspecto:

A partir de los distintos criterios interpretativos de la corporación acerca de la forma en que se debe realizar la notificación del auto de apertura del incidente de desacato, surge la necesidad de que la Sala Plena defina como tema a unificar "si la apertura del incidente de desacato debe notificarse personalmente al servidor público o particular incidentado".

La necesidad de definir este tema se origina a partir de las decisiones que las diferentes salas de decisión de la corporación han proferido respecto de la notificación del auto de apertura del incidente de desacato, pues en unos casos se ha indicado que debe efectuarse de manera personal al funcionario encargado del cumplimiento del fallo, ya sea a su correo electrónico personal institucional, privado o de manera presencial; y en otros casos, que se notifique a la dirección de correo electrónico dispuesto por la entidad incidentada para recibir notificaciones judiciales.

La primera postura se ha fincado en los pronunciamientos de la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁰, en mayor medida, que en sede de tutela y de grado jurisdiccional de consulta, han indicado que para que la notificación tenga validez dentro del incidente de desacato, aquella se debe hacer al correo electrónico personal institucional, privado o de forma presencial del servidor público o particular a quien se le adelanta el juicio de responsabilidad, teniendo en cuenta que esta, por tratarse de un trámite sancionatorio, es individual, personal y subjetiva, por tanto, debe perseguirse al responsable del cumplimiento del fallo y no a la entidad.

De acuerdo con esta tesis, una interpretación contraria lesionaría los derechos al debido proceso y a la defensa de la persona natural contra quien se dirige el incidente.

La segunda postura, tiene asidero en el pronunciamiento expreso que la Corte Constitucional ha tenido sobre este asunto, afirmando que no existe obligatoriedad de la notificación personal de la apertura del incidente de desacato al sujeto objeto del juicio de responsabilidad, sino que basta que la notificación se realice por el medio más expedito y eficaz.

¹⁰ Ver: Consejo de Estado. Sección Quinta. auto del 10 de agosto de 2017. Cp. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicado: 41001 23 33 000 2017 00095 01.

Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto del 14 de septiembre de 2017. Cp. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicado: 76001 23 33 000 2017 00477 01.

Consejo de Estado. Sección Quinta. Fallo del 25 de enero de 2018. Cp. Alberto Yepes Barreiro. Radicado: 11001 03 15 000 2017 02730 00.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Fallo del 7 de noviembre de 2018. Cp. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 11001 03 15 000 2018 03496 00.

Adicionalmente, también encuentra respaldo en los pronunciamientos de otras Secciones del Consejo de Estado que acogiendo la postura de la Corte Constitucional, han concluido que no es obligatorio que la apertura del incidente de desacato se notifique de manera personal.

Al respecto cabe traer a colación la sentencia T 343 de 2011 en la que se estudió un posible defecto procedimental alegado por la parte accionante ante la falta de notificación personal de la apertura del incidente de desacato, allí la Corte indicó que:

"Los alegados defectos procedimentales no se configuraron porque la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, como bien señala el juez de segunda instancia esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales, además Acción Social tuvo conocimiento del incidente que estaba en curso y presentó distintos memoriales por medio de sus apoderados judiciales pero no aportó elementos probatorios que permitieran verificar el cumplimiento del fallo. Tampoco es cierto que se pretermitiese la etapa probatoria pues se corrió traslado a la entidad pública para tal efecto, y ésta allegó numerosos escritos pero no la prueba del cumplimiento. Por otra parte, aunque no se procedió a la notificación personal de la providencia que resolvió el incidente de desacato es claro que Acción Social tuvo conocimiento de la misma pues los apoderados judiciales de esta entidad participaron activamente durante el trámite de la consulta de la sanción impuesta.

Tampoco fueron desconocidos precedentes relevantes en la materia pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha señalado la obligatoriedad de la notificación personal de la apertura del incidente del desacato ni de la providencia que lo resuelve."

Esta misma sentencia fue citada por la Corte Constitucional en el Auto 236 de 2013, concluyendo que *"En consecuencia, la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente, pues el juez cuenta con otros medios de comunicación a su alcance que son tan o más eficaces y expeditos para lograr el oportuno conocimiento de las actuaciones procesales que la notificación personal, con los cuales se respeta el derecho al debido proceso del demandado y, a su vez, se asegura el cumplimiento de las órdenes de tutela y se logra la protección de la naturaleza de la acción de tutela como un mecanismo de protección urgente."*

Por otra parte, esta postura también ha encontrado cabida en el Consejo de Estado, es el caso de la Sección Cuarta que luego de citar la sentencia T 343 de 2011 aseveró lo siguiente¹¹:

"Como se ve, de acuerdo con la Corte Constitucional, la notificación personal de la apertura del incidente de desacato no es la única forma en la que debe darse a conocer esa decisión, pues el juez de tutela debe emplear el medio de notificación que considere más expedito y eficaz, en atención al carácter informal y sumario de la acción de tutela.

3.2.2. En el caso concreto, no se advierte irregularidad en la notificación de la providencia que dispuso la apertura del incidente de desacato, pues, se reitera, dicha decisión fue notificada por correo electrónico el 30 de enero de 2018. Interesa

¹¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Fallo del 29 de agosto de 2018. Cp. Julio Roberto Piza Rodríguez. Radicado: 11001 03 15 000 2018 02011 00.

resaltar que la parte actora no cuestionó la validez que las direcciones electrónicas a las que fue enviada la aludida notificación. De hecho, la efectividad de la notificación se evidencia en el hecho de que el director de Sanidad del Ejército Nacional sí intervino en el trámite incidental.

3.2.3. Además, conviene precisar que, de conformidad con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011, se entienden como personales las notificaciones surtidas mediante correo electrónico, tal y como lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso de autos”.

Idéntica conclusión tuvo la Subsección B de la Sección Segunda al reiterar que *“de acuerdo con la Corte Constitucional, la notificación personal de la apertura del incidente de desacato no es la única forma en la que debe darse a conocer la mencionada decisión, pues el juez de tutela debe emplear el medio de notificación que considere más expedito y eficaz, en atención al carácter informal y sumario de la acción de tutela”*¹².

De otra parte, la Subsección A de la Sección Segunda, dentro del trámite del grado jurisdiccional de consulta al resolver sobre una solicitud de nulidad por la falta de notificación personal del auto de apertura del incidente de desacato, estimó que al funcionario sancionado se le había notificado la providencia a los correos institucionales de la entidad incidentada, por lo que concluyó que el sancionado fue debidamente notificado¹³.

Visto lo anterior, puede deducirse que la primera postura encuentra respaldo en los pronunciamientos que el Consejo de Estado, en sede de juez constitucional, ha realizado respecto de la notificación personal de la apertura del incidente de desacato; sin embargo, aquella no es uniforme ni pacífica pues también existen pronunciamientos, que apegados a la tesis de la Corte Constitucional, han indicado que no es obligatoria la notificación personal del auto que apertura el incidente de desacato.

Para la sala esta última postura es la que debe acogerse por las siguientes razones:

La Corte Constitucional, salvaguarda la integridad y supremacía de la Constitución y es el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, y en tal función ha afirmado que no es obligatorio que se notifique personalmente la apertura del incidente de desacato al sujeto responsable del cumplimiento del fallo de tutela, pues esta exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, no existen pronunciamientos posteriores de esa Alta Corporación que señalen una postura diferente.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Auto del 21 de abril de 2017. Cp. Cesar Palomino Cortés. Radicado: 05001 23 33 000 2015 01907 01.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Auto del 14 de septiembre de 2017. Cp. William Hernández Gómez. Radicado. 630001 23 33 000 2017 00056 01.

Así pues, el incidente de desacato es un trámite especial y accesorio de la acción de tutela, que debe tramitarse de manera expedita, y está dirigido a lograr el cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional con la que se busca proteger los derechos fundamentales de quienes acuden a ese mecanismo, siendo ese el mismo propósito que debe tener el trámite incidental y no la protección de quienes se encuentran vulnerándolos, por este motivo, es válido aplicar el marco jurídico que regula la acción de tutela.

Al respecto, el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 *"Por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"* señala que *"las providencias que se dicten se notificaran a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito"*. Por su parte, el artículo 5 del Decreto 306 de 1992 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991"* dispone que el juez debe velar porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación se asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

De tal manera que, el juez constitucional debe notificar las providencias dictadas dentro de un trámite de tutela, que abarca también el trámite incidental especial, por el medio más expedito que asegure la eficacia de la notificación. En concordancia, se tiene que un medio de notificación es expedito cuando es rápido y oportuno, y eficaz siempre que garantice que el destinatario se entere de forma efectiva y fidedigna del contenido de la providencia¹⁴.

Cabe precisar que el acto procesal de notificación es el medio por el cual formalmente se pone en conocimiento de las partes dentro de un proceso judicial el contenido de las providencias que se adopten en este; así se materializa el principio de publicidad y se garantiza el derecho a la defensa, aspectos elementales del debido proceso.

En efecto, la notificación debe efectuarse en debida forma y de manera eficaz, esto quiere decir que independiente de la forma escogida por el juez constitucional para llevar a cabo la notificación, debe asegurarse que materialmente garantice que la decisión comunicada se haga pública y sea puesta en conocimiento del interesado, esto es, que cumpla con su real cometido, con la finalidad de que no viole el debido proceso.

Entonces, la notificación es eficaz cuando se logra que el interesado conozca efectivamente el contenido de la providencia que se le comunica, para ello el juez constitucional debe desplegar toda su diligencia, de modo que si no es dable la notificación personal deberá acudir a otros medios de notificación expeditos y oportunos.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 661 de 2014. Mp. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Es oportuno señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C 367 de 2014, precisó que en el caso del incidente de desacato no era posible aplicar el artículo 4 del Decreto 306 de 1992, y por consiguiente, el artículo 129 del Código General del Proceso, sobre proposición, trámite y efecto de los incidentes, justamente por tratarse de un trámite especial, pues *"La especialidad de este incidente viene dada por la especialidad de lo que está en juego en un fallo de tutela, que es nada más y nada menos que amparar un derecho fundamental que ha sido vulnerado o sobre el cual se cierne la amenaza de vulneración, de tal suerte que dicho fallo es de inmediato cumplimiento, según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución"*.

Si bien el incidente de desacato no es el único mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento del fallo de tutela, lo cierto es que hace parte de los instrumentos de coerción que el juez de tutela tiene a su alcance para que se cumpla de inmediato cuando la parte accionante así lo solicite, ello porque frente a un fallo de tutela el deber principal del juez es de hacerlo cumplir, luego, no garantizar su materialización, prolongar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y acceso a la justicia¹⁵.

De lo anterior, puede concluirse que el incumplimiento de un fallo de tutela, por parte de una autoridad pública, un servidor público o un particular puede acarrear la vulneración de al menos tres derechos fundamentales de la parte accionante, el primero el derecho fundamental tutelado, así como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

Téngase en cuenta que en materia de acceso a la administración de justicia de acuerdo con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *"toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención"*, por esta razón el Estado se encuentra comprometido a *"garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

Del mismo modo, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: (...) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

Asimismo, el cumplimiento de los fallos de tutela hace parte del derecho fundamental al debido proceso, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional así¹⁶:

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 367 de 2014. Mp. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 554 de 1992. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho (CP art. 1) que se traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. El incumplimiento de esta garantía por parte de uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado al Estado de Derecho.

"El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (CP arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (CP. Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 29 y 86)".

Así las cosas, si bien el incidente de desacato tiene una connotación sancionatoria, lo cierto es que su objetivo principal más allá de sancionar al servidor público o particular desobediente del fallo de tutela, es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada, *"de suerte que no se persigue reprimir al renuente por el peso de la sanción en sí misma, 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"*¹⁷.

Ahora bien, no cabe duda que el trámite incidental de desacato debe tramitarse al igual que la acción de tutela, es decir, de manera expedita, sin que sea óbice para garantizar los derechos al debido proceso y de defensa de la persona contra la cual se dirige el incidente. Para respetar estos derechos el juez deberá: *"(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 (...); 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"***¹⁸.

De esta manera, el sujeto desobediente en cumplir el fallo de tutela, tiene garantizado su derecho al debido proceso y de defensa, siempre que de manera eficaz y efectiva se le ponga en conocimiento el inicio del trámite incidental, teniendo en cuenta que hace parte de un trámite de tutela y que su objetivo principal es que se ejecute el fallo de tutela, para así cesar definitivamente la vulneración de los derechos fundamentales de quien acude a la administración de justicia en busca de su protección.

Así pues, teniendo claro que el incidente de desacato es i) un trámite especial, ii) accesorio a la acción de tutela, iii) cuyo objetivo es lograr el cumplimiento inmediato del fallo de tutela para garantizar la protección del o los derechos fundamentales protegidos y iv) evitar la vulneración de otros como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia del beneficiario del amparo constitucional, es preciso indicar, que su

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU 034 de 2018. Mp. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Corte Constitucional. T 459 de 2003. Mp. Jaime Córdoba Triviño.

procedimiento se encuentra dotado de las mismas características de la acción de tutela, es decir, debe ser un trámite expedito, y por tal razón, el juez constitucional se encuentra facultado para notificar las decisiones que se profieran dentro de dicho trámite por el medio más eficaz, el cual asegure que el incidentado tendrá la posibilidad de conocer el inicio del incidente y pueda ejercitar todos los medios de defensa a su alcance.

Por tanto, la notificación personal no es el único medio que tiene el juez constitucional para notificar la apertura del trámite incidental, pues los derechos fundamentales del incidentado estarán garantizados, siempre que la forma de notificación expedita elegida por el juez sea eficaz, teniendo de presente la información suministrada por la misma entidad, en cada proceso o de acceso público, pues ella debe conservar públicamente la información actualizada de los correos personales institucionales de sus funcionarios, a través de su página web institucional, de tal manera que si incumple este deber y únicamente ofrece una dirección electrónica para surtir las notificaciones personales, será suficiente utilizar este medio, cuando al interior de cada proceso no ha indicado expresamente otra información.

Por este motivo, el juez constitucional para realizar las notificaciones a que haya lugar en el curso del incidente de desacato, deberá previo a iniciar las actuaciones propias del trámite, requerir a la entidad accionada, para que en un término prudencial informe la dirección electrónica de notificaciones judiciales del funcionario o funcionarios contra los que se dirige el incidente.

De igual forma, habrá de consultarse la página web de la entidad accionada y el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público, con ese mismo fin, esto es, ubicar la dirección electrónica en la que el funcionario responsable del cumplimiento del fallo de tutela puede ser notificado. De estas consultas, deberá dejarse constancia en el expediente.

Una vez vencido el término para que la entidad informe la dirección electrónica de notificaciones judiciales del encargado del cumplimiento del fallo, sin obtener respuesta y tampoco se hubiere conseguido a través de la su página web o el SIGEP, el juez podrá iniciar el trámite incidental, surtiendo las notificaciones en las direcciones electrónicas de la entidad de las que tenga conocimiento, sin que tal situación genere nulidad de la actuación.

2. Problemas jurídicos:

El primer problema jurídico que debe resolver la sala plena en el caso concreto, se contrae en establecer si el medio utilizado por el juzgado de primera instancia para notificar la apertura del trámite incidental a los sancionados garantizó el debido proceso y el derecho de defensa.

En caso positivo, corresponde establecer si hay lugar a confirmar la sanción impuesta por la Juez Novena Administrativa Oral del Circuito de Villavicencio, a JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y a KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA en calidad de Presidente y Gerente Regional Centro Oriente de la NUEVA EPS, respectivamente, por el incumplimiento del fallo de tutela fechado 27 de agosto de 2018.

3. Caso Concreto.

Pues bien, revisado el trámite incidental adelantado por el *a quo*, se observa que mediante auto del 2 de abril de 2019, requirió al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su condición de presidente de la Nueva EPS, para que informara las acciones adelantadas en contra del funcionario encargado de cumplir la orden de tutela. En esa misma oportunidad, ordenó oficiar a la entidad prestadora de servicios de salud para que en el término de un (1) día informara el correo personal institucional o privado del directivo referido, advirtiéndole que por tratarse de un incidente dentro de una tutela la respuesta podía ser enviada al correo electrónico del juzgado destinado a recibir correspondencia¹⁹.

Dicho requerimiento se efectuó por medio de mensaje de datos dirigido al correo electrónico destinado por la Nueva EPS para notificaciones judiciales, así como al de otras personas vinculadas con el dominio @nuevaeps.com.co. En tal misiva se le solicitó a la entidad expresa y claramente que informara de *"MANERA INMEDIATA el correo personal institucional o privado del señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente de la NUEVA EPS S.A. Lo anterior, con el fin de notificarle de manera personal el auto mediante el cual se le REQUIERE del incidente de desacato promovido dentro de la acción de tutela de la referencia"*. Existe constancia que el 4 de abril de la presente anualidad, el correo fue recibido en el buzón destinado por la Nueva EPS para recepcionar notificaciones judiciales. Adicionalmente la providencia fue notificada mediante Estado del 3 de abril de 2019²⁰.

El mismo 4 de abril de 2019, la Nueva EPS dio respuesta al requerimiento, por parte de su apoderado especial indicando lo siguiente:

"Le informamos y/o aclaramos que el correo electrónico:

Secretaria.general@nuevaeps.com.co, *es el canal destinado única y exclusivamente a la recepción de notificaciones judiciales, el cual fue registrado en el certificado de existencia y representación legal de la Nueva EPS S.A., de conformidad con lo señalado en el artículo 291 del Código General del Proceso. (...)*

Los correos siguientes son los jurídicos encargados:

Jeysson Emilio Cifuentes Guzmán

¹⁹ Folios 90.

²⁰ Folios 91-94 del incidente.

Profesional jurídico II
www.jeysson.cifuentes@nuevaeps.com.co

Luis Carlos Ortega Antonio
Profesional jurídico II
LuisC.ortegaa@nuevaeps.com.co

Con esta información, el 5 de abril el juzgado de origen procedió a enviar un mensaje de datos dirigido al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de presidente de la Nueva EPS, con destino a los correos electrónicos secretaria.general@nuevaeps.com.co, jeysson.cifuentes@nuevaeps.com.co y luisC.ortegaa@nuevaeps.com.co, a fin de que rindiera la información requerida en relación con las actuaciones adelantadas en contra del encargado de cumplir el fallo de tutela. Existe constancia que ese mismo día el correo fue recibido por el servidor de destino²¹.

Adicionalmente, dicho oficio se procedió a remitir por servicio postal a través de la empresa de correos 4/72, a la dirección de la Nueva EPS en la ciudad de Bogotá reportado en la página web oficial (carrera 85K No. 46A-66 piso 2). De acuerdo con el certificado de entrega, la comunicación fue recibida el 10 de abril de 2019, por la dependencia de Gestión Documental, como es visible en el sello de recibido²².

Adicionalmente, el oficio dirigido con claridad al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE como presidente de la Nueva EPS, fue radicado físicamente en la oficina de Villavicencio de la citada entidad el día 22 de abril de 2019, como consta en el sello de recibido²³.

Como no hubo respuesta al requerimiento, el juzgado de instancia procedió iniciar el trámite inicial en contra del señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de presidente de la Nueva EPS, corréndole traslado por el término tres días para que aportara las pruebas que pretendiera hacer valer o que se encontraran en su poder²⁴.

Dicha providencia se le comunicó al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE el 8 de mayo de la presente anualidad, mediante mensaje de datos dirigido a los correos electrónicos suministrados por la Nueva EPS para su notificación, tales como: secretaria.general@nuevaeps.com.co, jeysson.cifuentes@nuevaeps.com.co y luisC.ortegaa@nuevaeps.com.co, existiendo constancia que el servidor de destino dio acuse de recibido. Soporte de lo anterior es que la Secretaría General y Jurídica de la Nueva EPS dio acuse de recibido del correo electrónico²⁵.

²¹ Folio 97-98 ibídem.

²² Folios 99 y 104 ibídem.

²³ Folio 102.

²⁴ Folios 106-107.

²⁵ Folios 109-110.

Asimismo, la comunicación se envió por servicio postal a través de la empresa de correo 4/72, la cual certificó que la misiva fue recibida el 13 de mayo de la presente anualidad, como consta en el sello de recibido. No sobra mencionar que la providencia fue notificada por estado del 8 de mayo de 2019²⁶.

El juzgado de primera instancia, el 29 de mayo de 2019, resolvió vincular al trámite incidental a KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA en virtud de la información manifestada por el apoderado especial de la Nueva EPS, quien indicó que aquella como Gerente Regional Centro Oriente es superior jerárquico del señor GERMÁN EDUARDO COLMENARES FERRER quien funge como Gerente Zonal Meta de la Nueva EPS²⁷.

La comunicación de dicha providencia se envió a los correos electrónicos que en el trámite del incidente la Nueva EPS informó eran los destinados para la notificación judiciales (secretaria.general@nuevaeps.com.co, jeyson.cifuentes@nuevaeps.com.co y luisc.ortegaa@nuevaeps.com.co), teniendo constancia de recibido por parte del servidor de destino. Del mismo modo, la Secretaría General y Jurídica de la Nueva EPS dio acuse de recibido²⁸.

Finalmente, la providencia que impuso la sanción fue notificada a los correos electrónicos ya referidos el día 17 de junio de 2019, existiendo constancia de recibido del servidor de destino en la misma fecha²⁹.

De lo visto, es claro que el juez de primera instancia, en obediencia de lo dispuesto por la sala mayoritaria de decisión oral No. 1, que le ordenó requerir al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE como presidente de la Nueva EPS y notificarle esa decisión al correo electrónico personal institucional, privado o de forma presencial, solicitó de forma clara y precisa a la entidad incidentada la información referente al correo electrónico personal institucional o privado del Presidente; sin embargo, la misma accionada indicó que las notificaciones debían realizarse al buzón electrónico institucional destinado a las notificaciones judiciales, así como a los de funcionarios vinculados a la dependencia jurídica de la entidad.

Por tal motivo, procedió a efectuar la notificación del requerimiento y de la apertura del incidente al correo institucional de la entidad destinado a notificaciones judiciales. Adicionalmente, estas comunicaciones se enviaron por servicio postal a la sede central de la Nueva EPS y también se radicó directamente en la oficina de Villavicencio.

²⁶ Folio 108 y 111.

²⁷ Folio 113.

²⁸ Folios 116-118.

²⁹ Folio 126-134.

No puede obviarse que cada una de las comunicaciones iban dirigidas al señor JOSÉ FERNANDO CARDONA ÚRIBE en calidad de Presidente de la Nueva EPS, es decir, era claro que la persona requerida por la administración de justicia para que diera cuentas de las acciones administrativas y disciplinarias encaminadas contra el funcionario responsable de cumplimiento del fallo, por su omisión en este sentido, era el Presidente de la entidad y no otra persona.

Con ello se quiere significar, que tanto las comunicaciones enviadas por correo electrónico como las físicamente radicadas tenían un destinatario concreto e individualizado, sin dejar margen de dudas del sujeto interesado en la información contenida en la misiva.

En el caso de la señora KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA, Gerente Regional Centro Oriente, también se evidencia que cada uno de los oficios enviados al buzón de notificaciones electrónicas de la Nueva EPS, contenían la identificación clara de su nombre, el asunto y el cargo que ostenta, es decir, aunque la comunicación se remitió al correo electrónico institucional de notificaciones judiciales de la entidad, era claro su destinatario.

Para la sala los medios elegidos por el *a quo* para notificar a los sancionados de las decisiones proferidas durante el incidente fueron expeditos y eficaces, ello porque las comunicaciones enviadas física y electrónicamente los identificaron correctamente, y fueron remitidas a la dirección electrónica que la misma entidad informó para que fueran notificados de decisiones judiciales.

Es evidente la efectividad de la notificación, dado que surtido todo el procedimiento, el apoderado de la Nueva EPS solicitó la revocatoria de las sanciones y la nulidad del trámite incidental por ausencia de notificación personal de su apertura a los sancionados, ello significa que aquellos estuvieron representados en todo momento, pues no se tiende de otra forma que si la sanción está dirigida en este caso contra los superiores del funcionario encargo del cumplimiento del fallo y no contra la Nueva EPS, sea el apoderado de la entidad el que esté solicitando la revocatoria de la sanción y la nulidad del trámite.

De esta manera se observa que si el apoderado de la Nueva EPS consideraba que existía una causal de nulidad en el trámite incidental por la falta de notificación personal de la apertura del trámite incidental, debió advertirla en el momento mismo en que evidenció que las comunicaciones se dirigieron al buzón electrónico destinado para notificaciones electrónicas de la entidad, y a su correo electrónico institucional.

Esto último tiene mayor relevancia, pues recuérdese que cuando el juzgado solicitó a la entidad que le informara el correo electrónico personal institucional y/o

privado del Presidente de la misma, fue el mismo apoderado quien indicó que las decisiones se podían remitir a su correo electrónico institucional jeyson.cifuentes@nuevaeps.com.co, lugar al que se enviaron todas las comunicaciones en el trámite incidental desde la apertura al señor CARDONA URIBE, la vinculación de la señora TOWSEND SANTAMARÍA y la decisión que determinó la sanción que se consulta.

Entonces, no cabe duda que el apoderado desde el inicio del trámite incidental tuvo conocimiento de que las notificaciones de las decisiones a los sancionados se estaban efectuando al correo institucional de la entidad destinado para notificaciones judiciales, que él mismo informó era el indicado para este trámite.

De esta manera, se evidencia que la entidad intenta aprovechar la postura de algunas providencias de Altas Cortes, en las que se indica que la notificación de la apertura del incidente de desacato debe notificarse personalmente al funcionario incidentado, para así obtener ventaja de la falta de publicidad de la información de los correos personales institucionales y privados de aquéllos en la página web oficial, y así dilatar el cumplimiento del fallo de tutela.

Esto demuestra que acoger una postura como aquélla otorga herramientas a las entidades accionadas para evadir el cumplimiento de las órdenes de amparo, pues deja en sus manos la información sobre los correos electrónicos para notificación personal de los funcionarios encargados de cumplir los fallos de tutela y además genera un desgaste judicial, al tener que destinar a una persona a desplazarse para conseguir la notificación personal de puño y letra de quien debe notificarse, en eventos que coincidan sus sedes con la del juzgado, lo que en otros eventos como este resulta imposible, pues tanto la Dirección Nacional como la Regional Centro Oriente de la entidad tienen fijado su domicilio en la ciudad de Bogotá.

También, debe tenerse en cuenta que los correos personales institucionales de cada uno de los funcionarios encargados de cumplir los fallos de tutela, no son publicados eficientemente en las páginas web de las entidades, como bien lo señaló el Ministerio Público, y por ende, acceder a éstos es difícil y en ocasiones imposible, ya que las entidades no alojan esta información en sus páginas oficiales y aun cuando se les solicita directamente no la proporcionan, facilitando a los funcionarios incumplidos y violadores de derechos fundamentales la evasión del trámite de la sanción, cuya finalidad es precisamente el cumplimiento del amparo ordenado.

Adicionalmente, deben ponderarse los derechos involucrados, pues si bien por un lado están los del funcionario sancionado, por el otro, están los derechos fundamentales de las personas a quienes se les continúan vulnerando por parte del funcionario que incumple las órdenes de amparo proferidas por el juez de tutela, lo que no implica desconocer el debido proceso y el derecho de contradicción del sujeto de la sanción,

pues a través de los mecanismos diseñados por la misma entidad se le está dando a conocer el trámite de desacato por el medio más expedito y eficaz posible.

Por tanto, la demora en la transmisión del correo por medio del cual se notificó la apertura del trámite incidental para cada uno de los sancionados, no puede ser imputada a las autoridades judiciales, sino a la propia entidad a la que están vinculados, en no mantener una comunicación efectiva entre las distintas dependencias.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no es obligatorio realizar la notificación personal de las providencias que inician el trámite del incidente de desacato, se evidencia que el medio elegido por el *a quo* para notificar dichas decisiones en el presente asunto, como fueron los mensajes de datos y los oficios radicados físicamente en la entidad, fueron eficaces, y su efectividad se refleja en la participación del apoderado de la entidad en defender los derechos e intereses de los funcionarios sancionados.

Ahora bien, corresponde determinar la legalidad de la sanción impuesta a JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y a KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA, en calidad de Presidente y Gerente Regional Centro Oriente de la Nueva EPS, respectivamente, por la ausencia de acciones encaminadas a lograr que el funcionario responsable del acatamiento del fallo de tutela lo cumpliera.

Al respecto, es menester precisar que la posibilidad de sancionar por desacato al superior del responsable del cumplimiento del fallo de tutela viene dado directamente por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, al señalar que *"El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumpla su sentencia"*.

En el presente asunto se sancionó al señor FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente de la Nueva EPS, por ser el superior de la señora KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA y del señor GERMÁN EDUARDO COLMENRAES FERRER, Gerente Centro Oriente y Gerente Zonal Meta de la Nueva EPS, respectivamente.

Expresamente la decisión consultada dice lo siguiente:

*"En el sub judice, salta a la vista el injustificado incumplimiento por parte de la señora Katherine Townsend Santamaría en su condición de Gerente Regional Centro Oriente de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - NUEVA EPS S.A. y como superior jerárquico del señor Germán Eduardo Colmenares Ferrer como Gerente Zonal Meta de la misma entidad (ya sancionado), y del señor José Fernando Cardona Uribe en su calidad de Presidente de la entidad incidentada y **Superior de aquéllos(...)**".*
(Negrilla intencional).

Para la sala no es procedente la sanción impuesta al señor CARDONA URIBE, teniendo en cuenta que la misma entidad a través de uno de sus funcionarios informó, con anterioridad a la apertura del trámite incidental, que el superior jerárquico del señor COLMENARES FERRER, es la Gerente Regional Centro Oriente, KATHERINE TOWNSEND

SANTAMARÍA, luego, si la finalidad del *a quo* era sancionar al superior del responsable del cumplimiento de fallo debió atenderse a lo dispuesto del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que indica que podrá sancionarse al superior del incumplido y no al superior del superior, o al responsable de la entidad *per se*.

De esta manera, es claro que el superior del señor COLMENARES FERRER es la señora KATHERINE TOWSEND SANTAMARÍA, por tanto es a quien le corresponde adelantar las gestiones administrativas y disciplinarias a que haya lugar en contra del funcionario incumplido, y si bien el señor CARDONA URIBE funge como Presidente de la Nueva EPS y en principio fue a quien se individualizó como superior, la misma entidad al momento en que fue requerido en tal calidad, informó como ya se ha dicho, que quien tiene la calidad de superior jerárquico es la Gerente Regional Centro Oriente, y por tanto, es contra aquélla que se debe dirigir el análisis respecto de sus obligaciones frente al responsable del cumplimiento del fallo.

Reafirma lo anterior, el escrito presentado por el apoderado de la Nueva EPS, luego de imponerse las sanciones por el *a quo* en el que indicó lo siguiente:

*"Por lo anteriormente expuesto NUEVA EPS informa al despacho que el principal responsable de dar cumplimiento a los fallos de tutela es el gerente zonal de cada departamento, para este caso la Dr. **GERMAN EDUARDO COLMENARES FERRER**, como gerente zonal Meta y su superior jerarquica es la Dra. KATHERINE TOWSEND SANTAMARIA Gerente Regional Centro Oriente, para efecto del trámite establecido en el artículo precitado" (sic).*

Así pues, es claro que la misma entidad ha exteriorizado que el superior jerárquico del funcionario incumplido no es la persona que funge como Presidente, sino la Gerente Regional Centro Oriente, por tanto, es aquélla quien debe velar porque el individuo incumplido acate el fallo de tutela, y tomar las medidas necesarias en caso de que no lo haga.

Ahora bien, por otra parte la sala considera que se vulneró el debido proceso de la señora KATHERINE TOWSEND SANTAMARIA, pues para su vinculación al trámite incidental se debió tener en cuenta el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, dado que, como se dijo al principio, este faculta al juez de tutela para sancionar por desacato al superior del funcionario responsable de cumplir el fallo de tutela.

Recuérdese que el artículo 52 *ibídem*, señala que la persona que incumpliere una orden de un juez de tutela incurre en desacato sancionable con arresto y multa. Siendo ello así, el fallo de tutela del 27 de agosto de 2018, ordenó directamente a quien fungiera como Gerente Zonal Meta de la Nueva EPS S.A. el cumplimiento del mismo, y no dio ninguna orden explícita al superior jerárquico de aquel, por tanto no puede afirmarse que la señora TOWSEND SANTAMARÍA esté incumpliendo tal orden.

Por tal razón, tiene relevancia el artículo 27 *ibídem*, pues el juez de tutela requiere al superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente proceso disciplinario, en el evento que no lo haga se iniciará proceso en su contra, y así podrá, si se dan los supuestos de responsabilidad, sancionar al superior por desacato.

Al respecto, cabe acotar que la Corte Constitucional en sentencia C 367 de 2014 indicó que *"antes de abrir un incidente de desacato, el juez tiene el deber del evaluar la realidad del incumplimiento y de valorar, de manera autónoma y amplia, si para hacer cumplir el fallo de tutela son suficientes y eficaces las demás atribuciones que le confiere el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y, en todo caso, debe asumir la responsabilidad de hacer cumplir el fallo, valga decir, de ejercer su competencia mientras esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza"*.

En el caso particular, iniciado el trámite incidental en contra del Presidente de la Nueva EPS, el *a quo* decidió vincular a la señora KATHERINE TOWNSEND SANTAMARÍA en su condición de Gerente Regional Centro Oriente como superior del Gerente Zonal Meta encargado de acatar el fallo de tutela, e inmediatamente se le corrió traslado para que requiriera el cumplimiento de la sentencia y realizara las acciones a que hubiere lugar para el acatamiento del fallo, de ser necesario la apertura del correspondiente procedimiento disciplinario; sin embargo, no se evidencia que previamente se le requiriera para que en su calidad de superior jerárquico efectuara tales acciones en contra del señor GERMÁN EDUARDO COLMENARES FERRER Gerente Zonal Meta de la Nueva EPS, caso en el cual de verificarse la inactividad de la señora TOWNSEND SANTAMARÍA en exigir el cumplimiento del fallo de tutela a su subordinado, era procedente iniciar el incidente de desacato previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, pues se encontraría incumpliendo una orden proferida con base en ese decreto, esto es, el requerimiento previo por tratarse del superior del sujeto responsable.

Por tanto no es acertado que el *a quo* sancionara a la mencionada Gerente Regional Centro Oriente de la Nueva EPS, argumentado su negligencia y negativa injustificada de adelantar las gestiones administrativas necesarias y suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo del fallo, pues evidentemente, previo a su vinculación al trámite incidental no se le requirió para que adelantara las gestiones cuya omisión se le reprocha.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** el auto del 17 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, mediante el cual impuso sanción por desacato a JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y a KATHERINE TOWNSEND SANTAMARIA, en su calidad de Presidente y Gerente Regional Centro Oriente de la Nueva EPS, respectivamente, consistente en arresto de un (1) y multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo anterior, el juzgado de origen deberá iniciar nuevamente el trámite incidental, previa individualización y requerimiento al superior del funcionario responsable de cumplir el fallo de tutela de acuerdo con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido que vele porque su subalterno cumpla el fallo y le abra el proceso disciplinario correspondiente, teniendo especial cuidado, habida cuenta que el fallo de tutela que originó el presente asunto, protegió los derechos fundamentales a la salud e integridad personal del señor JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** el auto del del 17 de junio de 2019, por medio del cual la JUEZ NOVENA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, impuso sanción por desacato a **JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE** y a KATHERINE TOWNSEND SANTAMARIA, en su calidad de Presidente y Gerente Regional Centro Oriente de la Nueva EPS, respectivamente, consistente en arresto de un (1) y multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, para que surta nuevamente el trámite previo incidental, y luego de ser el caso inicie el respectivo incidente, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral N° 1 celebrada el día 11 de julio de 2019, según Acta No. ____.


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO


HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO


TERESA HERRERA ANDRADE


NELCY VARGAS TOVAR


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

Rad.: 50 001 33 33 009 2018 00148 02

Acción: Tutela

Trámite: CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO

Dte: Hendy Mayelt Cardona Forero como agente oficiosa de José Neftaly Cardona Cuartas

Ddo: NUEVA EPS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
SALA PLENA**

ACLARACIÓN DE VOTO

Villavicencio, 15 de julio de 2019

REFERENCIA: CONSULTA INCIDENTE DESACATO-TUTELA
ACCIONANTE: HENDY MAYELT CARDONA
ACCIONADO: JOSÉ FERNANDO CARDONA
RADICACIÓN: 50001-33-33-009-2018-00148-02

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones por las cuales si bien es cierto compartí la decisión tomada, estimo necesario hacer algunas precisiones en relación a lo plasmado en la providencia respecto a la notificación del auto de apertura del incidente desacato.

1. De la notificación del auto de apertura del incidente de desacato en acciones de tutela

En el asunto que fue objeto de unificación por parte de la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Meta, se buscaba definir un criterio único para establecer cómo debía notificarse el auto que da inicio al trámite del incidente de desacato en las acciones de tutela.

Al interior de las salas de decisión del tribunal se manejaban dos posturas disímiles, que en la práctica estaban generando una incertidumbre en los jueces respecto del criterio a aplicar.

De una parte, se sostenía que el auto de inicio del trámite incidental en las acciones de tutela debía realizarse notificándose a la persona requerida como incumplida en el correo personal, o en el correo personal institucional, o de manera personal; y de otra parte, se indicaba que bastaba para entenderse notificado el auto que el mismo se enviara a la dirección de correo electrónico institucional de la entidad a la que pertenece la persona sujeta del trámite, o al correo establecido para las notificaciones judiciales por dicha entidad.

En la presente decisión, la Sala Plena unificó su criterio en un punto intermedio entre las dos posturas, según el cual el Juez de conocimiento del incidente tiene el

deber de investigar en las páginas web de la entidad, o de acceso general institucional la dirección electrónica personal o personal institucional de la persona investigada a fin de lograr la notificación personal del investigado, y si ello no es posible, previo a iniciar el incidente deberá requerir a la entidad para que indique el correo personal o personal institucional de la persona en contra de la cual se adelanta el incidente de desacato y si agotadas estas dos actuaciones no es posible obtener los correos personales, podrá notificar el auto de apertura a los correos institucionales generales de la entidad en donde labora la persona, o en el establecido de manera general para las notificaciones judiciales.

Las anteriores exigencias buscan armonizar las exigencias del derecho fundamental al debido proceso en el trámite de una actuación judicial sancionatoria, con los principios de eficiencia y celeridad que informan el trámite de la acción de tutela.

Los requisitos indicados no suponen un trámite innecesario o superfluo, pues además de buscar armonizar los derechos constitucionales en conflicto, tienen un efecto práctico, pues en el evento que en el trámite de la consulta alguna de las salas de decisión del tribunal encuentren que efectivamente en las páginas web institucionales o de acceso generalizado se encontraba el correo personal institucional o personal del ciudadano que es sujeto del incidente y no se haya notificado a estas direcciones electrónicas, se impone declarar la nulidad de la actuación por la vulneración del debido proceso; por lo que, visto desde la otra perspectiva, solo resulta admisible la notificación a los correos institucionales generales o de notificaciones judiciales cuando no haya sido posible establecer los correos personales en los sitios web indicados o cuando a pesar del requerimiento a la entidad, la misma no atiende el mismo.

Como fácilmente se observa, esta nueva postura es diferente a las dos que se venían sosteniendo, con lo cual, se reitera, se buscó armonizar los derechos en conflicto y generar una *ratio iuris* que puede guiar la conducta de los operadores judiciales de la jurisdicción contenciosa en el distrito, con el fin de garantizar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad.

El objeto de la presente aclaración se centra en puntualizar de manera detalla la nueva postura, que quizás no fue puntualmente explicada en la providencia, y justificar la decisión que por parte de esta despacho supone variar la tesis que se venía manejando, con el fin de garantizar la vigencia de los valores constitucionales como la igualdad y la seguridad jurídica.

Por último, considero necesario precisar que estos inconvenientes con relación a la notificación del auto de apertura del incidente de desacato en el trámite de las acciones de tutela, en gran parte se originan en la anfibológica concepción que la Corte Constitucional ha venido sosteniendo respecto de la naturaleza y finalidad del incidente de desacato.

En efecto, la Corte Constitucional viene sosteniendo que la finalidad del incidente de desacato es garantizar el cumplimiento de la orden de tutela, con lo cual si el incumplido acata la decisión hasta el día antes que se profiera la decisión que resuelve el grado jurisdiccional de consulta, se debe revocar la sanción impuesta, lo que además de generar un incentivo perverso-se puede cumplir la decisión hasta antes de fallarse la consulta- que desnaturaliza dos actuaciones diferentes a saber: lograr el cumplimiento de la decisión y sancionar a la persona que objetiva y subjetivamente no la ha cumplido.

Lo anterior resulta tan claro que en el propio Decreto 2591 de 1991 se establecieron dos artículos diferentes para establecer el alcance de ambas actuaciones, el artículo 27 para el cumplimiento y el artículo 52 para el desacato.

La propia Corte Constitucional ha señalado cuáles son las diferencias existentes entre los conceptos de desacato y cumplimiento, así:¹

"23.- Ahora bien, debe indicarse que el desacato es una figura jurídica distinta a la del cumplimiento de la sentencia de tutela. Tal afirmación, ha sido desarrollada por esta Corporación a lo largo de su jurisprudencia, en virtud de la cual se ha puesto de presente con bastante claridad, cuáles son las diferencias existentes entre los conceptos de desacato y cumplimiento. En términos generales, se ha establecido que, todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato. De manera concreta la Corte Constitucional en sentencia T-458 de 2003 precisó:

"Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

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 27 y 23 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 al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv.) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público."

24.- De las anteriores diferencias se concluye que, el cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración; por su parte, el desacato es una cuestión accesorio de origen legal y para que exista se requiere una responsabilidad de tipo subjetivo consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya

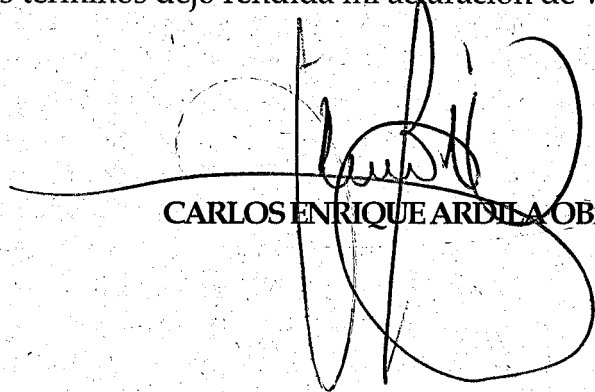
¹ T-171 de 2009.

que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela."

Lo anterior pone en evidencia la contradicción de la Corte Constitucional, en cuanto por un lado diferencia los conceptos de cumplimiento y desacato en acciones de tutela, pero a rengón seguido, le da como función u objetivo principal al desacato la de hacer cumplir la decisión de tutela, con lo cual refundé lo que momentos antes había esclarecido.

En los anteriores términos dejo rendida mi aclaración de voto.

Cordialmente,



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META.

Villavicencio, julio quince (15) de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA: CONSULTA DE DESACATO - TUTELA

DEMANDANTE: HENDY MAYELT CARDONA en representación de JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS

DEMANDADO: NUEVA EPS

EXPEDIENTE: 50001-33-33-009-2018-00148-02

PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que me merece la Sala Plena de Decisión, me permito indicar que si bien comparto de la postura mayoritaria, debo aclarar el sentido de mi voto favorable, conforme paso a exponerlo.

Para la suscrita, es de vital importancia reconocer que si bien *la finalidad que persigue el incidente de desacato (...) es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada*¹ tal como lo reconoce la ponencia mayoritaria y la **CORTE CONSTITUCIONAL** en la Sentencia SU-034 de 2018, no es menos cierto que se trata de un procedimiento que tiene implícita la valoración objetiva y subjetiva del incumplimiento, que realiza un juicio de desvalor sobre la conducta desplegada por el agente encargado del acatamiento del fallo de tutela y que en todo caso, como lo reconoce la propia Corte Constitucional, es un procedimiento equiparable al derecho sancionatorio, frente al cual se demanda que se respete y garantice el Debido Proceso del investigado, permitiendo que conozca efectivamente de la investigación en su contra y pueda ejercer su derecho de Defensa.

En sentencia SU-034 de 2018, la **CORTE CONSTITUCIONAL** indicó:

*“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 mismo². 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”**³. (...)”*

En ese entendido, la notificación del incidentado debe ser efectiva y eficaz, dada la connotación del trámite que se adelanta en su contra; sin embargo, en atención a la naturaleza especial del procedimiento incidental de desacato, que es un trámite constitucional, expedito y preferente, así como a la necesidad de garantizar que las

¹ Sentencias C-092 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-367 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo

² Tal ha sido la línea definida por la Corte de tiempo atrás: *“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.”* Sentencia T-763 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

³ Sentencia T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

CONSULTA DE DESACATO - TUTELA

DEMANDANTE: HENDY MAYELT CARDONA en representación de JOSÉ NEFTALY CARDONA CUARTAS

DEMANDADO: NUEVA EPS

EXPEDIENTE: 50001-33-33-009-2018-00148-02

decisiones de tutela puedan ser efectivamente acatadas por parte de los agentes estatales y particulares – *principalmente en los casos de derechos fundamentales que sean amenazados aun mediando un fallo de tutela que los ampara, Salud, Vida en Condiciones Dignas, Seguridad Social, etc.* -, la suscrita acompaña la ponencia en lo que tiene que ver con la posibilidad de prescindir de la notificación personal del incidentado, facilitando que se acuda a un medio eficiente y eficaz diferente, que garantice los derechos del presunto incumplido, pero que a la vez permita el desarrollo efectivo del proceso.

La decisión adoptada por la Sala Plena de la Corporación resulta ajustada, dado que reconoce la necesidad de procurar una notificación efectiva del incidentado, tal como se consignó en la parte considerativa de la providencia, al resaltar que la notificación personal no es el único medio para la notificación de la apertura del trámite incidental, dado que los derechos del incidentado estarán garantizados siempre que la forma de notificación elegida por el Juez sea eficaz.

Es por eso que se resalta que a pesar de la necesidad de garantizar los derechos al **DEBIDO PROCESO, DEFENSA y CONTRADICCIÓN** del incidentado, la notificación personal no puede ser el único medio para enterarlo efectivamente del trámite y permitirle el ejercicio de sus derechos fundamentales, dado que no puede consentirse que el trámite se torpedee por la Entidad o el funcionario, al negarse a suministrar los datos de contacto efectivo o por no hacerlos públicos en su página web, pese a ser su deber.

En ese sentido, la ponencia mayoritaria acepta la posibilidad de acudir a otros medios complementarios para adquirir la información necesaria para notificar efectivamente al incidentado, no obstante, se debe aclarar además, que los mecanismos adicionales o complementarios que debe agotar el Juez constitucional, no pueden limitarse a la consulta en el **SIGEP**, o en la página web de la Entidad, dado que la Rama Judicial cuenta con otras herramientas de notificación, sobre las cuales no se precisó en la ponencia.

En efecto, la herramienta **CITANET**, de la **RAMA JUDICIAL**, es un Sistema de Notificaciones Judiciales que *funciona con el protocolo smtp, se sincroniza en tiempo real con el sistema de gestión judicial y permite realizar hasta 25 notificaciones al tiempo, de un banco de datos de usuarios con su respectivas direcciones de contacto, además genera un código md5 que permite verificar la autenticidad del documento enviado y su íntegra recepción*⁴.

La herramienta descrita, cuenta con una base de datos actualizada, que se alimenta por todos los Despachos judiciales del país, y permite la notificación con base en las direcciones utilizadas previamente por otras Autoridades Judiciales, además, aporta una constancia de envío y recepción del mensaje de datos, lo que permite asegurar tanto la efectividad de la entrega de la notificación como la integridad del mensaje remitido.

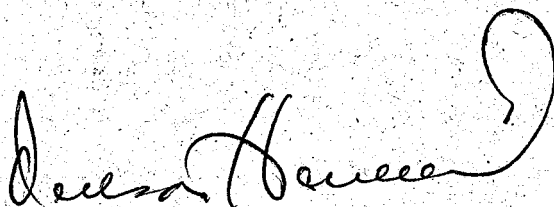
La anterior herramienta cobra mayor relevancia, dado que en la ponencia se destaca el uso o consulta de la web SIGEP., pero debido a que dicha plataforma no garantiza que los datos consignados sean actuales, resulta necesario que se incluyan o reconozcan otros aplicativos y herramientas electrónicas que garanticen que la notificación sean eficientes y eficaces.

⁴ Definición técnica del sistema CITANET, según consulta verbal con el Técnico Grado II de esta Corporación.

Colofón de lo anterior, la Suscrita acompaña la ponencia mayoritaria, pero hace hincapié en la necesidad de que la notificación del incidentado sea **eficaz y efectiva**, ya sea mediante los correos electrónicos personales, personales institucionales, o a falta de estos, y ante la omisión de la Entidad de suministrar datos de contacto personales o de publicarlos en su página web, se permita surtir la notificación mediante las direcciones aportadas en la web institucional para notificaciones judiciales, y del aprovechamiento de cualquier herramienta técnica o tecnológica que garantice la eficiencia y eficacia de la notificación.

En la ponencia mayoritaria se destaca que el Juez Constitucional debe requerir a la Entidad accionada para que en un término prudencial informe la dirección de notificación judicial del funcionario o funcionarios incidentados, precisando que debe revisar además, la web de la Entidad accionada y el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público, como herramientas adicionales para establecer la dirección electrónica del funcionario encargado del cumplimiento del fallo de tutela, pero no son las únicas herramientas que puedan usarse para lograr la notificación, destacando que sea cual sea la herramienta utilizada, se deje constancia de su utilización.

En estos términos sencillos dejó fundamentado mi aclaración de voto.



TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada

