INCIDENTE DE DESACATO/ Inadecuado ajuste de la orden del fallo de tutela al no imponerse a la funcionaria responsable de cumplirlo/ Ausencia de verificación de las notificaciones/ Inefectividad de la sentencia constitucional

“Claramente la a quo omitió ajustar la orden (…) puesto que señaló que el encargado de atenderla era el `representante legal´, sin aclarar si se refería al gerente nacional o a la gerencia departamental de Risaralda, además el nombre de la persona obligada es incorrecto, pues se anotó Beatriz Eugenia Aristizábal Marulanda cuando en realidad es Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda. Tampoco se acreditó que dicha providencia se haya notificado a la accionada, pues los correos electrónicos enviados carecen de la confirmación de entrega o de lectura (…) y sabido es que lo más importante en esta gestión, es tener certeza de que fue recibida por la parte (…)”

“(…) deberá la jueza ajustar la orden de la nueva sentencia en garantía de los derechos protegidos con la acción de tutela, para procurar la efectividad del amparo prodigado, pues como fue expedida es inejecutable, procurando hacerlo mediante auto dictado en este mismo trámite incidental y que deberá notificar a la entidad accionada antes de procurar su cumplimiento, cerciorándose de que haya sido recibido.”

Citas: Corte Constitucional, autos A-287 de 2014 y 181 de 2015 y sentencias T-421 de 2003, T-939 de 2005, T-343 de 2011, T-218 de 2012 y C-367 de 2014. Doctrina: BOTERO MARINO, Catalina. “La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá D.C., 2006.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Decide consulta – Sanción por desacato

 Incidentante : Santiago Arias Betancurt (Menor de edad)

 Representante legal : Beatriz Elena Arias Betancurt

 Incidentada (s) : Gerente Departamental de Cafesalud EPS y otro

 Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

 Radicación : 2015-00178-02

 Tema : Responsabilidad subjetiva

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta de la sanción de multa y arresto impuesta, cumplido el trámite respectivo, con ocasión del desacato a una orden en un asunto de tutela.

1. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Se reclamó el día 22-06-2016 ante el *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folios 9 y 10, del cuaderno del incidente). El Despacho con proveído del día hábil siguiente requirió a la Gerenta Departamental Risaralda de Cafesalud EPS y al Director General del INVIMA (Folio 11, del cuaderno del incidente); posteriormente, con auto del 06-07-2016 dio apertura al incidente de desacato únicamente en contra de la funcionaria de Cafesalud EPS-S (Folios 18 y 19, del cuaderno del incidente). Y, finalmente, con providencia de 18-07-2016 la sancionó con multa y arresto, y, desvinculó al funcionario del INVIMA (Folios 23 a 26, ibídem).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada para revisar la decisión sancionatoria tomada por el Juzgado Civil del Circuito de Belén de Umbría, R., al tener la condición de superiora jerárquica de tal Despacho (Artículo 52, Decreto 2591 de 1991); no obstante lo anterior, se precisa advertir, conforme lo reglado en el inciso 1º del artículo 35 del CGP, que la consulta se realizará en Sala Unitaria de la Corporación, puesto que la aludida providencia no se halla dentro de los proveídos que taxativamente identifica la norma como los que deben desatarse en Sala de Decisión.

Así entonces, se cambia el criterio sostenido en los distintos autos proferidos en sede de consulta, especialmente por la Sala que preside esta magistratura.

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia 18-07-2016 mediante la cual se impuso sanción de arresto y multa a doctora Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda como Gerenta Departamental Risaralda de Cafesalud EPS-S con ocasión del trámite de desacato adelantado ante el Juzgado de conocimiento?

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. Los aspectos objeto de acreditación en el incidente de desacato

Los aspectos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[1]](#footnote-1), son:

… “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”[[2]](#footnote-2). De existir el incumplimiento “debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”[[3]](#footnote-3).

Explica la profesora Catalina Botero Marino[[4]](#footnote-4) que: *“(…) en el incidente de desacato es fundamental valorar la responsabilidad subjetiva del funcionario en el incumplimiento del fallo. De comprobarse el incumplimiento, el juez debe identificar si éste fue integral o parcial, e igualmente debe identificar las razones por las cuales se produjo el incumplimiento.”;* más adelante agrega: *“De esa forma, podrá establecer si existe o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada, y definir las medidas necesarias para la efectiva protección del derecho. En la valoración de la responsabilidad, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad jurídica o fáctica para cumplir la orden, y estas circunstancias deben estar avaladas por la buena fe de la persona obligada.”* Este criterio tiene fundamento jurisprudencial en múltiples fallos de la Corporación ya citada[[5]](#footnote-5) (2011).

Importa resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados pero diferenciables, a saber:

21.- Las anteriores diferencias tienen varias consecuencias que ya han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, *“puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”[[6]](#footnote-6)* pues, como se vio, está previsto otro trámite en el cual el juez de tutela está facultado para adoptar *“todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento”* de su fallo (artículo 27 del decreto 2591 de 1991).

En segundo lugar, estas diferencias evidencian que *“todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato”[[7]](#footnote-7)* ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de“*todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento”* del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.

En tercer lugar, la existencia o la iniciación del incidente de desacato no excusa al juez de tutela de su obligación primordial del juez constitucional cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección de derechos fundamentales mediante el trámite de cumplimiento[[8]](#footnote-8).

En cuarto lugar también se ha aclarado que *“el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato”[[9]](#footnote-9)*  y por ello *“en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato”[[10]](#footnote-10).* La sublínea y la versalita son ajenas al texto original.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[[11]](#footnote-11), Sala de Casación Civil, en reiteradas y recientes (2016) decisiones que acogen el criterio de la Corte Constitucional, tiene dicho: *“(…) En eventos como el presente, en los que aún extemporáneamente se acató el fallo, la Corte ha dejado sin efectos las sanciones que le fueron impuestas al incidentado bajo la óptica de que el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió, (…) ”,* luego citó a la Corporación[[12]](#footnote-12) referida: *“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.”.*

Conforme la jurisprudencia Constitucional[[13]](#footnote-13), el término para resolver un trámite incidental por desacato a fallo de tutela, no debe superar los diez días, contados desde su apertura; sin embargo, existen situaciones excepcionalísimas, que permiten desbordar aquel plazo:

(i) por razones de necesidad de la prueba y para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato, (ii) cuando exista una justificación objetiva y razonable para la demora en su práctica y (iii) se haga explícita esta justificación en una providencia judicial, el juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución, pero en todo caso estará obligado a (i) adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba respetando el derecho de defensa y (ii) a analizar y valorar esta prueba una vez se haya practicado y a resolver el trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo.

No sobra acotar lo reiterado por esa alta Corporación, en relación con el incidente de desacato[[14]](#footnote-14), donde indicó que *“(…) el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional (…)*”, de manera que, su finalidad *“(…)* *no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia (…)”*[[15]](#footnote-15)*.*

* 1. El caso concreto

La decisión consultada, habrá de revocarse dado que en la sentencia de tutela (Que modificó el fallo dictado el 25-09-2015), se cometió una imprecisión, acorde con los postulados jurídicos anotados en los párrafos anteriores, ya que si bien se emitió la correspondiente orden para proteger el derecho invocado, se indicó en términos generales la calidad de la persona que debía cumplirla (Representante legal), además su nombre no concuerda con el real. Tal circunstancia adquiere relevancia, dado que el mandato se extiende al tratamiento integral que se proveyó a la accionante, según precisa la misma sentencia (Folios 1 a 6, del cuaderno del incidente).

 En el fallo proferido el día 13-06-2016, mediante el cual se pretendió ajustar la orden impartida en la sentencia dictada el 25-09-2015, (Cuando debió serlo mediante proveído dictado en el trámite incidental previamente adelantado, sin necesidad de que se diera apertura a uno nuevo y emitir fallo de nuevo), se atribuyó la responsabilidad de suministrar el medicamento *“CIDOFOVIR AMPOLLA DE 5 MIL/POR 375 MG”,* en la cantidad y por el tiempo que ordene el médico especialista, brindar el tratamiento integral y tramitar la importación del medicamento ante el INVIMA a la EPS-S CAFESALUD por intermedio de su “representante legal” doctora “Beatriz Eugenia Aristizábal Marulanda” o quien haga sus veces (Numeral segundo de la sentencia, visible a folio 7, ídem).

Posteriormente se efectuó el requerimiento a la Gerenta del Departamento de Risaralda de Cafesalud EPS, doctora Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda, para que *“(…) informe sobre el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia (…)”* sin precisar que debía cumplirla (Folio 11, cuaderno del incidente). Tampoco puede predicarse que ello se haya hecho en proveído del 18-07-2016, porque declaró abierto el incidente en su contra, sin haberle impuesto la orden (Folios 18 a 19, ídem).

Claramente la *a quo* omitió ajustar la orden tal cual se dispuso por esta Sala de la Corporación en la providencia datada el 25-05-2016, puesto que señaló que el encargado de atenderla era el “representante legal”, sin aclarar si se refería al gerente nacional o a la gerencia departamental de Risaralda, además el nombre de la persona obligada es incorrecto, pues se anotó Beatriz Eugenia Aristizábal Marulanda cuando en realidad es Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda. Tampoco se acreditó que dicha providencia se haya notificado a la accionada, pues los correos electrónicos enviados carecen de la confirmación de entrega o de lectura (Folios 9 y 16 de este cuaderno), y sabido es que lo más importante en esta gestión, es tener certeza de que fue recibida por la parte. Así lo refiere en su jurisprudencia el Alto Tribunal Constitucional[[16]](#footnote-16) y al efecto, señaló:

… la notificación es eficaz solamente cuando el interesado conoce efectivamente el contenido de la respectiva providencia, por lo que en el desarrollo de esa diligencia se le exige al juez desplegar toda su diligencia, de modo que si no es dable la notificación personal deberá acudir a otros medios de notificación expeditos y oportunos[[17]](#footnote-17).

La falta de notificación del fallo de primera instancia hace perder a las partes la oportunidad de impugnar dentro del término legal la decisión judicial adversa, cercenándose su derecho de defensa, contradicción, debido proceso y desconociéndose además la garantía constitucional de la doble instancia

 Así las cosas y no obstante que las sentencias están arropadas por la intangibilidad de la cosa juzgada, tiene dicho la Corte Constitucional que excepcionalmente es posible modificarlas en tres (3) casos, a efectos de dotarlas de efectividad en el amparo de los derechos fundamentales. Explica la citada Colegiatura[[18]](#footnote-18), en criterio acogido por esta Sala[[19]](#footnote-19):

… la modificación de la orden impartida por el juez no puede tener lugar en cualquier caso. Este debe corroborar previamente que se reúnen ciertas condiciones de hecho que conducirán a que dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público. Esto puede suceder en varias hipótesis: (a) cuando la orden por los términos en que fue proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; (b) en aquellos casos en que su cumpli­miento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público; y (c) cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden.

Consecuente con lo transcrito, deberá la jueza ajustar la orden de la nueva sentencia en garantía de los derechos protegidos con la acción de tutela, para procurar la efectividad del amparo prodigado, pues como fue expedida es inejecutable, procurando hacerlo mediante auto dictado en este mismo trámite incidental y que deberá notificar a la entidad accionada antes de procurar su cumplimiento, cerciorándose de que haya sido recibido.

Sin embargo de lo anterior, halla la Sala necesario nuevamente recordar la obligación que tiene la *a quo* de cumplir íntegramente con lo dispuesto en el Acuerdo No.PSAA10-6979 de 2010 de la Sala Administrativa del CSJ; por cuanto en el proveído sancionatorio se omitió advertir que en caso de no pagar la multa en el plazo concedido, se remitirá copia de la providencia con sus respectivas constancias a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial local, con el fin de que se inicie el proceso de cobro coactivo.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo expuesto en líneas atrás, se revocará la sanción; y en su lugar, deberá la *a quo* modificar el fallo para incluir una orden concreta y ejecutable que sea garantía del amparo del derecho de petición invocado por el actor.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda,

R e s u e l v e,

1. REVOCAR la decisión del día 18-07-2016 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, R., conforme a lo razonado en esta decisión.
2. ORDENAR, en consecuencia, a la jueza de primer grado que modifique la sentencia de tutela del 13-06-2016, reformatoria del fallo del 25-09-2015, con indicación de quién debe cumplirla, conforme la estructura organizacional de la entidad accionada, como garantía y salvaguarda de los derechos amparados.
3. ORDENAR la devolución del expediente al Despacho de origen.
4. ADVERTIR que contra esta providencia es improcedente recurso alguno.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*DGH /ODCD/2016*

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-343 del 05-05-2011. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá DC, 2006, p.150. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 del 11-08-2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido las sentencias T-897 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencias T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-8)
9. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-939 de 2005. En el mismo sentido la sentencia T-897 de 2008, y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006 [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Autos ATC101-2016, ATC1555-2016 y ATC3599-2016, entre otros. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Autos A-287 de 2014 [A-113 de 2012](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/autos/2012/A0113de2012.htm), [A-093 de 2012](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/autos/2012/A0093de2012.htm), [A-077 de 2012](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/autos/2012/A0077de2012.htm) y [A-123 de 2009](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/autos/2009/A0123de2009.htm), entre otros. [↑](#footnote-ref-16)
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-018 de 2005. [↑](#footnote-ref-17)
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-218 de 2012. Reitera la sentencia T-086 de 2003. [↑](#footnote-ref-18)
19. TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. (i) Auto del 06-02-2013; MP: Claudia Ma. Arcila R., expediente No.2011-00608-01; (ii) Auto del 08-09-2015; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2015-00275-01; (iii) Auto del 03-11-2015; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No. 2014-00146-01; (iv) Auto del 28-04-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2015-00219-01; y (v) Auto del 17-05-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No. 2015-01033-01. [↑](#footnote-ref-19)