El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Tema: SALUD – DIAGNOSTICO – GRUPO INTERDISCIPLINARIO – PAÑALES – TRATAMIENTO INTEGRAL - CONFIRMA SANCIÓN -** Se tiene que en la sentencia de tutela del 16-05-2017 se ordenó a (i) María Lorena Serna Montoya, como representante legal de La Nueva EPS; (ii) que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo; (iii) (a) reuniera un grupo interdisciplinario con médicos especialistas para que determinaran si el accionante requiere atención domiciliaria, enfermero o cuidador, y formulara pañales; y, (b) brindara el tratamiento integral respecto de las patologías diagnosticadas (Folios 1 a 10, ib.).

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se requirió a la aludida funcionaria, sin respuesta; en esta instancia se corroboró (i) que un médico general está realizando una consulta mensual domiciliaria; y, (ii) que formuló los pañales desechables en cantidad de 120 mensuales, ya autorizados, pero aún no han sido entregados (Folio 3 vuelto, este cuaderno).

Así las cosas, se aprecia incumplido parcialmente el fallo de tutela, pues es inexistente prueba demostrativa de que se haya reunido el grupo interdisciplinario y menos que hayan valorado la necesidad de asistencia permanente del servicio de enfermería o cuidador, y tampoco se han entregado los pañales.

-------------------------------------------------------------



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL– FAMILIA –DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Decide consulta – Sanción por desacato

Incidentante : Manuel José Montoya Marín

Agente oficioso : Gloria Inés Londoño Carmona

Incidentado (s) : María Lorena Serna Montoya, representante legal de La

: Nueva EPS y otro

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2017-00048-01

Tema : Responsabilidad subjetiva

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veinticuatro (24) de julio de dos mil diecisiete (2017).

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

Se reclamó en el 15-06-2017 ante el *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folios 11 a 13, cuaderno incidente). El Despacho con proveído del 20-06-2017 requirió a María Lorena Serna Montoya y Danilo Alejandro Vélez Guerrero, en sus calidades de representante legal y Vicepresidente de Salud de La Nueva EPS, respetivamente (Folio 14, ibídem), luego con decisión del 27-06-2017 dio apertura del incidente en su contra (Folio 17, ib.), el 04-07-2017 decretó pruebas (Folio 22, ib.), y, finalmente, con providencia del 11-07-2017 los sancionó con multa y arresto (Folios 24 a 26, ib.).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
   1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada para revisar la decisión sancionatoria, al tener la condición de superiora jerárquica del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira. La consulta se realizará en Sala Unitaria de la Corporación, puesto que no se trata de una providencia que deba desatarse en Sala de Decisión (Inciso 1º del artículo 35 del CGP). Criterio adoptado desde el 16-08-2016[[1]](#footnote-1).

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia 11-07-2017 mediante la cual se impuso sanción de arresto y multa a los doctores María Lorena Serna Montoya y Danilo Alejandro Vélez Guerrero, en sus calidades de representante legal y Vicepresidente de Salud de La Nueva EPS, respetivamente, 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 elementos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), 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)”[[3]](#footnote-3). 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”[[4]](#footnote-4).

Expone la profesora Catalina Botero M.[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6).

Cabe 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”[[7]](#footnote-7)* 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”[[8]](#footnote-8)* 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[[9]](#footnote-9).

En cuarto lugar también se ha aclarado que *“el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato”[[10]](#footnote-10)*  y por ello *“en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato”[[11]](#footnote-11).* La sublínea y la versalita son ajenas al texto original.

La jurisprudencia de la CSJ[[12]](#footnote-12) en reiteradas y recientes decisiones que acogen el criterio de la CC, 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[[13]](#footnote-13) 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[[14]](#footnote-14), 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[[15]](#footnote-15), 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 (…)”*[[16]](#footnote-16)*.*

* 1. El caso concreto

La decisión venida en consulta habrá de confirmarse, pues se aviene al cumplimiento de los supuestos que constituyen el tema de prueba, esto es (i) A quién estaba dirigida la orden; (ii) Cuál fue el término otorgado para ejecutarla, y, (iii) Cuál es el alcance de la misma.

Se tiene que en la sentencia de tutela del 16-05-2017 se ordenó a (i) María Lorena Serna Montoya, como representante legal de La Nueva EPS; (ii) que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo; (iii) (a) reuniera un grupo interdisciplinario con médicos especialistas para que determinaran si el accionante requiere atención domiciliaria, enfermero o cuidador, y formulara pañales; y, (b) brindara el tratamiento integral respecto de las patologías diagnosticadas (Folios 1 a 10, ib.).

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se requirió a la aludida funcionaria, sin respuesta; en esta instancia se corroboró (i) que un médico general está realizando una consulta mensual domiciliaria; y, (ii) que formuló los pañales desechables en cantidad de 120 mensuales, ya autorizados, pero aún no han sido entregados (Folio 3 vuelto, este cuaderno).

Así las cosas, se aprecia incumplido parcialmente el fallo de tutela, pues es inexistente prueba demostrativa de que se haya reunido el grupo interdisciplinario y menos que hayan valorado la necesidad de asistencia permanente del servicio de enfermería o cuidador, y tampoco se han entregado los pañales.

Luego del silencio de la incidentada, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite incidental, en ninguna de las instancias, ofreció una respuesta que justifique la tardanza; se obtuvo la información directamente de la agente oficiosa (Folio 3 vuelto, ibídem). Entonces la sanción impuesta aparece fundada en la desatención parcial de la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, se abre paso para esta Sala, confirmar el proveído venido en consulta, ya que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, se mantienen en ese estado, pues el grupo interdisciplinario no ha decidido sobre la necesidad de asistencia de enfermería, ni se han suministrado los pañales prescritos, el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la doctrina[[17]](#footnote-17) sobre el tema: “*(…) no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela (…)”.* El resaltado es propio de esta Sala.

Sin embargo considera esta Sala, que la sanción debe ser proporcionada y razonada al tenor del incumplimiento de la orden judicial, ello conforme lo ha establecido la CC[[18]](#footnote-18), al decir que: *“(…) el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden de tutela impartida y, de ser así, tiene que determinar si el mismo fue total o parcial, identificando las razones por las cuales se produjo, (…) si existió responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si la encontrare probada deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable en relación con los hechos (…)”.*

En este caso, tal como se dijo, hubo cumplimiento parcial de la decisión de tutela, pues algunos de los servicios médicos exigidos ya fueron brindados, salvo la entrega de los pañales y la decisión sobre la asistencia de enfermería domiciliaria; en esas condiciones se modificará la sanción impuesta en primera instancia, para reducirla en una tercera (1/3) parte.

Adicionalmente, encuentra esta Superioridad necesario ajustar la providencia sancionatoria de conformidad con los lineamientos establecidos por la Sala Administrativa del CSJ en el Acuerdo No.PSAA10-6979 de 2010 y Circular No.DEAJC15-61 de 23-11-2015 de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, pues la cuenta de depósito donde se ordenó consignar la multa está errada.

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo expuesto, (i) Se confirmará el proveído venido en consulta; y, (ii) Se modificarán los numerales 2º y 3º para reducir la sanción impuesta en una tercera parte y disponer que la multa sea consignada en la cuenta *“CSJ - MULTAS Y SUS RENDIMIENTOS – CUN”* No.3-0820-000640-8 del Banco Agrario de Colombia SA.

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. CONFIRMAR la decisión sancionatoria dictada el 11-07-2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira.
2. MODIFICAR los numerales 2º y 3º de la citada providencia en el sentido de (i) reducir la sanción impuesta en primera instancia, a los incidentados, a dos (2) días de arresto y multa de dos (2) smlmv; y, (ii) disponer que la multa sea pagada en la cuenta *“CSJ - MULTAS Y SUS RENDIMIENTOS – CUN”* No.3-0820-000640-8 del Banco Agrario de Colombia SA.
3. ORDENAR la devolución de los cuadernos 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/2017*

1. TSP, Sala Civil-Familia. Auto del 16-08-2016, MP. Duberney Grisales H., exp.2016-00047-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-343 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. BOTERO M., 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-5)
6. CC. T-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-171 de 2009. En el mismo sentido la T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. ATC101-2016, ATC1555-2016, ATC3599-2016 y ATC3660-2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-271 de 2015, también pueden consultarse la C-367 de 2014 y la T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)