El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Incidente de Desacato - 2ª Instancia -23 de enero de 2018

Radicación Nro. : 2017-00055-03

Incidentante: Ana Patricia Holguín Morales.

Incidentado (s): Representante Legal Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS y otro

Proceso:                 Tutela

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: PAGO INCAPACIDADES / CONFIRMA SANCIÓN / NIEGA NULIDAD -** La Sala despachará desfavorable la nulidad deprecada por el mandatario judicial de la Nueva EPS, porque, a diferencia de lo expuesto, los incidentados sí fueron debidamente notificados de todas las decisiones tomadas en este asunto (Folios 12, 19, 21 y 25 cuaderno del incidente); no se evidencia ninguna irregularidad procesal en cuanto a su notificación, por el contrario, tuvieron la oportunidad de ejercer su defensa, mas guardaron silencio.

(…)

Recuérdese que en el fallo expresamente se impuso la obligación a la doctora María Lorena Serna Montoya, quien dejó de impugnarlo (Folio 5 vuelto, este cuaderno) y tampoco refutó esa carga en ninguno de los incidentes adelantados en su contra; igual actitud tuvo el doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero. En este asunto tuvieron varias ocasiones para cuestionar la orden impuesta y solo atinaron a intentarlo, de forma defectuosa, luego de que se les impusiera.

Se niega la nulidad consistente en el error en que incurrió la a quo al referir el nombre del doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero, pues dijo que era Vélez Guerrero, en razón a que en dichas providencias se le requirió como Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, calidad que en efecto tiene; todas las notificaciones que fueron remitidas con la correcta mención de su nombre y cargo que desempeña, sin que durante el trámite incidental hubiese pedido enmendar ese yerro.

(…)

En la sentencia de tutela del 06-06-2017, que no fue impugnada por ninguna de las partes (Folio 5 vuelto, este cuaderno), se ordenó a la doctora Serna Montoya, en calidad de Representante Legal de la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación del fallo, reconociera y pagara las incapacidades generadas a la actora desde el 27-04-2017 hasta el día en que se encuentre en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral (Folios 2 a 8, cuaderno del incidente).

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se requirió en repetidas ocasiones a la doctora Serna Montoya, y al doctor Vallejo Guerrero, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, y superior jerárquico (Folios 11 y 16, ibídem), en silencio. Así las cosas, se aprecia incumplido el fallo de tutela, pues no se ha pagado la incapacidad presentada por la actora (Folio 10, ib.).

Luego del silencio de los incidentados, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite incidental, en ninguna de las instancias, ofrecieron una respuesta que justificara la tardanza. Entonces las sanciones impuestas aparecen fundadas en la desatención a la sentencia de primera instancia.



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 : Ana Patricia Holguín Morales

 Incidentado (s) : Representante Legal Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS y otro

 Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2017-00055-03

 Tema : Responsabilidad subjetiva

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018).

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 21-11-2017 ante la *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folio 9, cuaderno incidente). El Despacho con proveído del mismo día requirió a María Lorena Serna Montoya y a Danilo Alejandro Vélez (Sic) Guerrero, en sus calidades de Representante Legal y Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, respetivamente (Folio 11, ibídem), luego, con decisión del 28-11-2017 dio apertura del incidente en su contra (Folio 16, ib.), seguidamente, mediante auto del 04-12-2017 decretó pruebas (Folio 20, ib.), finalmente, con providencia del 11-12-2017 los sancionó con multa y arresto (Folios 23 a 24, 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 decide 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 11-12-2017 mediante la cual se impuso sanción de arresto y multa a los doctores María Lorena Serna Montoya y Danilo Alejandro Vélez (Sic) Guerrero, en sus calidades 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

La labor del juez constitucional al resolver un trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), consiste en:

… verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar iv) si la orden fue cumplida o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que motivaron el incumplimiento. Resueltos esos interrogantes, deberá examinar la responsabilidad subjetiva del obligado[[3]](#footnote-3), para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela...

Expone la profesora Catalina Botero M.[[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).

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”[[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 CSJ[[11]](#footnote-11), en reiteradas y recientes decisiones, que acoge 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[[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 a 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 Sala despachará desfavorable la nulidad deprecada por el mandatario judicial de la Nueva EPS, porque, a diferencia de lo expuesto, los incidentados sí fueron debidamente notificados de todas las decisiones tomadas en este asunto (Folios 12, 19, 21 y 25 cuaderno del incidente); no se evidencia ninguna irregularidad procesal en cuanto a su notificación, por el contrario, tuvieron la oportunidad de ejercer su defensa, mas guardaron silencio.

También porque la mención de que el encargado de atender la sentencia constitucional es el doctor César Alfonso Grimaldo Duque, como Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, es insuficiente, carece de prueba que acredite las funciones que tiene asignadas, lo que hubiera permitido identificar la persona del obligado a cumplir la orden de tutela, y el consecuente ajuste del fallo.

Si bien se acercaron dos escritos emanados del mencionado empleado, que aluden a la autorización de incapacidades anteriores a las que son objeto de este incidente, esta Sala Especializada los advierte escasos como para inferir la inadecuada individualización de la parte pasiva que se enrostra a la *a quo*, y que permita liberar de responsabilidad a los incidentados, quienes han sido notoriamente pasivos en la defensa de sus intereses. Dichos escritos no acreditan las competencias asignadas a ese empleado.

Recuérdese que en el fallo expresamente se impuso la obligación a la doctora María Lorena Serna Montoya, quien dejó de impugnarlo (Folio 5 vuelto, este cuaderno) y tampoco refutó esa carga en ninguno de los incidentes adelantados en su contra; igual actitud tuvo el doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero. En este asunto tuvieron varias ocasiones para cuestionar la orden impuesta y solo atinaron a intentarlo, de forma defectuosa, luego de que se les impusiera.

Se niega la nulidad consistente en el error en que incurrió la *a quo* al referir el nombre del doctor Danilo Alejandro Vallejo Guerrero, pues dijo que era Vélez Guerrero, en razón a que en dichas providencias se le requirió como Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, calidad que en efecto tiene; todas las notificaciones que fueron remitidas con la correcta mención de su nombre y cargo que desempeña, sin que durante el trámite incidental hubiese pedido enmendar ese yerro.

Definido lo anterior, se tiene que 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.

En la sentencia de tutela del 06-06-2017, que no fue impugnada por ninguna de las partes (Folio 5 vuelto, este cuaderno), se ordenó a la doctora Serna Montoya, en calidad de Representante Legal de la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación del fallo, reconociera y pagara las incapacidades generadas a la actora desde el 27-04-2017 hasta el día en que se encuentre en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral (Folios 2 a 8, cuaderno del incidente).

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se requirió en repetidas ocasiones a la doctora Serna Montoya, y al doctor Vallejo Guerrero, en calidad de Vicepresidente de Salud de la Nueva EPS, y superior jerárquico (Folios 11 y 16, ibídem), en silencio. Así las cosas, se aprecia incumplido el fallo de tutela, pues no se ha pagado la incapacidad presentada por la actora (Folio 10, ib.).

Luego del silencio de los incidentados, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite incidental, en ninguna de las instancias, ofrecieron una respuesta que justificara la tardanza. Entonces las sanciones impuestas aparecen fundadas en la desatención a la sentencia de primera instancia.

Claramente el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la doctrina[[16]](#footnote-16)

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), de tal suerte que se confirmará la decisión objeto de consulta.

No obstante lo dicho, se modificarán las sanciones impuestas, puesto que se advierten inadecuadas, desproporcionadas y poco razonables a la luz del verdadero incumplimiento tutelar[[17]](#footnote-17); de acuerdo con la petición incidental está pendiente el pago de una incapacidad comprendida entre el 12-11-2017 al 10-12-2017 lo que conlleva a inferir que ya fueron cubiertas las causadas con anterioridad; y, si ello no fuere así, lo cierto es que los incidentados ya fueron sancionados por esa desatención, conforme las decisiones datadas el 12-09-2017 y 23-10-2017, por manera que no era dable imponer sanciones de esa magnitud, y, en consecuencia, se disminuirán a un (1) smlmv y a un (1) día de arresto.

Adicionalmente, encuentra esta Superioridad necesario ajustar la providencia consultada en el sentido que el nombre del vicepresidente de la Nueva EPS es Danilo Alejandro Vallejo Guerrero (Artículo 286, CGP).

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo expuesto (i) se negará la nulidad deprecada; (ii) se confirmará el proveído venido en consulta, pues se allana a las subreglas del trámite incidental; (iii) se modificará el término y cuantía de las sanciones impuestas; y, (iv) se modificará los numerales 1º, 2º, 3º y 4º respecto del verdadero nombre del Vicepresidente de la Nueva EPS.

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. NEGAR la nulidad pedida por el mandatario judicial de los incidentados.
2. CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión sancionatoria dictada el 11-12-2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira.
3. MODIFICAR el numeral 3º de la citada providencia en el sentido de disminuir la sanción impuesta a los incidentados a un (1) día de arresto.
4. MODIFICAR los numerales 1º, 2º, 3º y 4º en el sentido que el nombre del Vicepresidente de la Nueva EPS sancionado, es Danilo Alejandro Vallejo Guerrero, y no Danilo Alejandro Vélez Guerrero.
5. ORDENAR la devolución de los cuadernos al Despacho de origen.
6. 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/2018*

1. TSP, Sala Civil-Familia. Auto del 16-08-2016, MP: Grisales H., No.2016-00047-01, criterio reiterado por la misma Sala Especializada en autos del 18-07-2017, No.2014-00107-01 y del 08-08-2017, No.2014-00420-02, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-226 de 2016, en igual sentido la T-343 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-553 de 2002, también puede consultarse la T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. CC. T-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. CC. T-604 de 2015, T-171 de 2009 y T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 579 de 2015, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008, 122 de 2006 y 060 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. C-367 de 2014, T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 579 de 2015, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Civil. ATC101-2016, ATC1555-2016, ATC3599-2016 y ATC3660-2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-271 de 2015, también pueden consultarse la C-367 de 2014 y la T-1113 de 2005. *“(…) 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 (…)”.* [↑](#footnote-ref-17)