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 respectiva Secretaría.

Asunto : Decide consulta – Sanción por desacato

Incidentante : Julián Andrés Gallego Gómez

Incidentada : Representante legal Asmet Salud EPS-S

Litisconsorte : Directora Departamental Risaralda

Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Radicación : 66170-31-03-001-2017-00048-05

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 460 de 20-09-2022

**TEMAS: INCIDENTE DE DESACATO / FACTORES QUE EL JUEZ DEBE VERIFICAR / FACTORES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS / DOLO O CULPA / ALLANAMIENTO A LAS ÓRDENES / ACCIONES POSITIVAS DE CUMPLIMIENTO.**

La labor del juez constitucional al resolver un trámite incidental de desacato… consiste en: “(…) verificar: (i) a quién se dirigió la orden; (ii) en qué término debía ejecutarla; (iii) y el alcance de la misma. Luego… debe constatar (iv) si la orden fue cumplida, o si hubo un incumplimiento total o parcial y (v) las razones que motivaron el incumplimiento. Esto último, para establecer qué medidas resultan adecuadas para lograr la efectiva protección del derecho”. Resueltos esos interrogantes deberá…: “(…) examinar la responsabilidad subjetiva del obligado, para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela (...)”.

Aquello, en síntesis, implica valorar el cumplimiento de la decisión conforme a los factores objetivos y/o subjetivos fijados por la jurisprudencia…:

“… Entre los factores objetivos, pueden tomarse en cuenta variables como (i) la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, (ii) el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, (iii) la presencia de un estado de cosas inconstitucional… y (vii) el plazo otorgado para su cumplimiento. Por otro lado, entre los factores subjetivos el juez debe verificar circunstancias como (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento…”

… el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados, pero diferenciables… También, que la CS…, acogiendo el criterio de la CC, tiene dicho que:

«(…) la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia (…). En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia…»



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**AD2-0028-2022**

**Veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022).**

1. El asunto por decidir

La consulta de la sanción impuesta por desacatar orden de tutela, una vez cumplido el trámite respectivo.

1. **La síntesis de las actuaciones**

El 12-08-2022 se reclamó al funcionario iniciar incidente de desacato (Cuaderno No.2, pdf No.10, enlace expediente digitalizado, pdf No.001). El 16-08-2022 requirió al representante legal de Asmet Salud EPS-S (Cuaderno No.2, pdf No.10, enlace expediente digitalizado, pdf No.003); el 18-08-2022 inició el incidente en su contra (Cuaderno No.2, pdf No.10, enlace expediente digitalizado, pdf No.005); el 24-08-2022 decretó pruebas (Ibidem, pdf No.007); y, 30-08-2022, ante el incumplimiento, sancionó con multa y arresto (Ibidem, pdf No.009) .

1. **Las estimaciones jurídicas para resolver**
	1. La competencia funcional*.* La tiene la Sala por ser superiora jerárquica del despacho cognoscente (Art.52, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico para resolver. ¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia del 30-08-2022 que sancionó con arresto y multa al doctor Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, representante legal de Asmet Salud EPS-S?
	3. 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, según la reiterada doctrina constitucional (2017)[[1]](#footnote-1), consiste en: *“(…) verificar: (i) a quién se dirigió la orden; (ii) en qué término debía ejecutarla; (iii) y el alcance de la misma. Luego, con ese marco de referencia, debe constatar (iv) si la orden fue cumplida, o si hubo un incumplimiento total o parcial y (v) las razones que motivaron el incumplimiento. Esto último, para establecer qué medidas resultan adecuadas para lograr la**efectiva protección del derecho”.* Resueltos esos interrogantes deberá (2016)[[2]](#footnote-2): *“(…) examinar la responsabilidad subjetiva del obligado, para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela (...)”.*

Aquello, en síntesis, implica valorar el cumplimiento de la decisión conforme a los *factores objetivos y/o subjetivos* fijados por la jurisprudencia (2018)[[3]](#footnote-3):

… Entre los ***factores objetivos***, pueden tomarse en cuenta variables como **(i)** la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, **(ii)** el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, **(iii)** la presencia de un estado de cosas inconstitucional, **(iv)** la complejidad de las órdenes, **(v)** la capacidad funcional de la persona o institucional del órgano obligado para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo, **(vi)** la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo, y **(vii)** el plazo otorgado para su cumplimiento. Por otro lado, entre los ***factores subjetivos*** el juez debe verificar circunstancias como **(i)** la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, **(ii)** si existió allanamiento a las órdenes, y **(iii)** si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela... (Negrilla a propósito).

Expone la profesora Catalina Botero M.[[4]](#footnote-4) que: *“(…) 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 (…)”.*

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 (2021)[[5]](#footnote-5).

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados, pero diferenciables (2017)*[[6]](#footnote-6)*. También, que la CSJ (2021)[[7]](#footnote-7), acogiendo el criterio de la CC, tiene dicho que:

«(…) la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia (…). En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia. En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando» … (Resaltado a propósito).

1. **El caso concreto analizado**

La decisión consultada se modificará: **(i)** Hay falta de legitimación por pasiva porque el incidente se adelantó frente a un empleado de Asmet Salud EPS-S que no fue el destinatario de la orden tutelar; **(ii)** La dependencia competente, pese a que no fue vinculada intervino en esta instancia, sin alegar la irregularidad procesal (Art.136-1º, CGP); y, **(iii)** Acató parcialmente la sentencia.

El fallo de tutela fechado 21-06-2017 (Cuaderno No.1, carpeta *“PRIMERA INSTANCIA”,* pdf “*048.20 00* *AL TRIBUNAL SUP.”*, folios 323 a 330) ordenó al representante legal de Asmet Salud EPS-S, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a su notificación, suministrar: (i) Dieciocho paquetes de pañitos húmedos y dieciocho tarros de ungüento cremoso *“decitin”,* ambospor seis meses; (ii) Demás insumos que el galeno ordene; y, (iii) El tratamiento integral por la incontinencia fecal y urinaria que padece.

Luego el funcionario, con decisión del 12-08-2020 ajustó la sentencia respecto a la obligada a responder e impuso la carga a la administradora de la sucursal de Risaralda (Cuaderno No.2, pdf *“2017-00048 MODULACIÓN SENTENCIA”*); empero, sin parar mientes en esa determinación, ni reparar por qué debía obedecer, con sendos autos del 16-08-2022 y 18-08-2022, requirió al representante legal a nivel nacional para que acatara (Cuaderno No.2, pdf No.10, enlace expediente digitalizado, pdf Nos.003 y 005).

Evidente es que se pretirió examinar uno de los aspectos objeto de acreditación del incidente de desacato, atañedero a verificar quién debe cumplir la orden, según la doctrina constitucional[[8]](#footnote-8). Anomalía que dio lugar a que enrostrara el desacato a un empleado que no fue receptor de la decisión judicial. En consecuencia, se revocará la sanción en contra del representante legal de Asmet Salud EPS-S, por carecer de legitimación por pasiva.

En ese orden de ideas, sería del caso anular lo actuado por preterir la vinculación de la doctora María Cristina Casas Piedrahíta, Directora Departamental de Asmet Salud EPS Risaralda, sin embargo, innecesaria es esta determinación, como quiera que se saneó la irregularidad porque intervino ante esta sede sin proponerla, así se declarará (Cuaderno No.2, pdf No.07).

Finalmente, aunque la doctora Casa P. intentó cumplir la orden, se sancionará porque sus actuaciones administrativas fueron insuficientes.

Nótese que el médico dispuso suministrar durante **seis (6) meses**: **(i)** Un (1) tarro mensual de *“Almipro”* por 500 gramos (Total 6 tarros); **(ii)** Ciento veinte (120) pañales desechables *“Tena sleep”* talle “L” mensuales (Total 720 pañales); y, **(iii)** cuatro (4) paquetes mensuales de pañitos húmedos de cien (100) unidades (Total 24 paquetes) (Cuaderno No.2, pdf No.10, enlace expediente digitalizado, pdf No.001, folios 2-6); y, la incidentada se limitó a autorizar y entregar dos (2) tarros de *“almipro”* y cuatro (4) paquetes de pañitos (Cuaderno No.2, pdf No.07, folios 5-8).

Claro es que obstaculiza el suministro oportuno de los insumos sanitarios en desmedro de los derechos del actor, pues, a más de que algunos se supeditan a la expedición de autorizaciones mensuales innecesarias, guardó silencio respecto de los pañales desechables también requeridos. Evidente es que deliberadamente desatiende el mandato judicial, en consecuencia, el desacato declarado y la consecuente sanción aparecen fundados, y se confirmarán.

Corolario de lo anotado, el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la doctrina[[9]](#footnote-9) 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).

La Magistratura discrepa de las sanciones impuestas, pues, a más de que carecen de la exposición razonada para su tasación[[10]](#footnote-10), lo cierto es que no se acompasan con: **(i)** La pasividad de la incidentada, ya que solo entregó pañitos para un (1) mes y ungüentos para dos (2), sin tener en cuenta que el tratamiento integral reconocido supone el suministro permanente e ininterrumpido de todos los elementos sanitarios, incluidos, claro está, los pañales desechables ; y, **(ii)** La especial protección constitucional que merece el actor (Padece de retardo mental “severo” y es de escasos recursos económicos - afiliado al régimen subsidiado).

Sin embargo, no se aumentarán como de tiempo atrás hacía la Sala[[11]](#footnote-11)-[[12]](#footnote-12), porque implicaría trasgredir el principio de la no reforma en perjuicio, según inveterada y reiterada jurisprudencia constitucional[[13]](#footnote-13), donde se apuntó que en este tipo de trámites correccionales se aplican los mismos elementos del debido proceso disciplinario.

Importa acotar que la Alta Magistratura, en sentencia de tutela[[14]](#footnote-14), también sostuvo que el juez de la consulta puede hacer más gravosa la sanción porque: *“(…) en el trámite del incidente de desacato no está previsto el recurso de apelación, luego resulta inapropiado hablar del mencionado principio cuando no hay la posibilidad jurídica de que exista apelante único, pero más aún extraña a esta Colegiatura que las mismas providencias que cita ese Órgano de Justicia para sustentar su decisium permiten al Juez que en consulta conoce del desacato garantizar la corrección de la sanción (…)”*, mas es una decisión aislada y de inferior categoría a las de constitucionalidad anotadas*.*

Aunque no sea objeto de análisis, se precisa que esta providencia puede ser inejecutada por el juez cognoscente en el evento de que advierta el cumplimiento de la orden. El incidentado puede: *“(…) librarse de las sanciones impuestas incluso si el acatamiento se da luego de consultada y confirmada la sanción, siempre y cuando se acredite el cumplimiento del fallo de tutela (…)”*[[15]](#footnote-15)*,* discernimiento que es compartido por la CSJ[[16]](#footnote-16).

Por último, se halla necesario ajustar la providencia 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, en el sentido de corregir el número de la cuenta de depósitos judiciales donde se debe consignar la multa.

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

R e s u e l v e,

1. MODIFICAR el auto proferido el 30-08-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, para DECLARAR que la doctora Ma. Cristina Casas Piedrahita, Directora Departamental de Asmet Salud EPS Risaralda, incumplió la sentencia dictada el 21-06-2017, ajustada con decisión del 12-08-2020.

En consecuencia, deberá cumplir la sanción de arresto y pagar la multa impuestas en primera sede.

1. MODIFICAR el numeral 2º de la citada providencia para disponer que la multa se pague en la cuenta *CSJ - MULTAS Y SUS RENDIMIENTOS – CUN”* No.3-0820-000640-8 del Banco Agrario de Colombia SA.
2. CONFIRMAR los numerales 3º y 4º de la decisión consultada.
3. ADICIONAR un numeral para DECLARAR que el doctor Gustavo A. Aguilar Vivas, representante legal de Asmet Salud EPS-S, carece de legitimación por pasiva.
4. ORDENAR la devolución de los cuadernos al Despacho de origen.
5. ADVERTIR que contra esta providencia es improcedente recurso alguno.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

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

1. CC. T-280 de 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-226 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-034 de 2018. [↑](#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-364 de 2021, SU-034 de 2018 yT-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-280 de 2017, T-254 de 2014, T-939 de 2005, T-897 de 2008 y Autos 075 de 2017, 285 de 2008, 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ.ATC1247-2021, ATC085-2019, ATC3660-2017, ATC101-2016, ATC1555-2016, ATC3599-2016 y ATC8741-2016; también pueden consultarse las STC1985-2020, STC6681-2018 y STC5793-2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-280 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-271 de 2015, 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-10)
11. TSP, Sala Civil Familia. Auto del 20-02-2019, MP: Grisales H., No.2014-00041-02. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Sala Unitaria Civil Familia. Auto del 17-01-2019, MP: Grisales H., No.2010-00464-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. C-542 de 2010 y C-692 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-406 de 2006. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. A181 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ. STC5793-2017 y STC8448-2014. [↑](#footnote-ref-16)