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 : Omaira Toro Aguirre

Agente oficioso : Arturo Antonio Ruiz González

Incidentados : Gerenta Regional Eje Cafetero Nueva EPS SA y otro

Procedencia : Juzgado de Familia de Dosquebradas

Radicación : 66170-31-10-001-**2012-00259-02**

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 497 de 05-10-2022

**TEMAS: INCIDENTE DE DESACATO / PRESUPUESTOS QUE DEBEN VERIFICARSE / CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA / ALCANCE DE LA ORDEN IMPARTIDA / FACTORES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS / IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN / SE RECLAMÓ UNA ATENCIÓN NO ORDENADA EN LA SENTENCIA.**

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, 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…

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 (...)”. En síntesis, implica valorar el cumplimiento de la decisión conforme a los factores objetivos y/o subjetivos fijados por la jurisprudencia…

Expone la profesora Catalina Botero M. 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 (…)”.

El fallo de primera instancia del 16-05-2012, ajustado con decisión del 19-02-2021, ordenó a la Gerenta Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS SA… (ii) Brindar el tratamiento integral “(...) que se derive directamente de la patología Cistocele grado II/III e Incontinencia urinaria (…)”

… la interesada, por su parte, alegó la falta de prestación del servicio de terapias domiciliarias dispuestas por el galeno para tratar el “(…) OTRO DOLOR CRÓNICO (…)” de miembro inferior izquierdo que padece…, enfermedad diferente a las que se dispuso brindar el tratamiento integral y sin relación alguna con ellas.



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

**AD2-0032-2022**

Cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022).

1. El asunto por decidir

La consulta de la sanción impuesta por desacatar orden de tutela (Expediente recibido el 30-09-2022), una vez cumplido el trámite respectivo.

1. **La síntesis de las actuaciones**

El 25-08-2022 se reclamó al funcionario iniciar incidente de desacato (Cuaderno No.1, carpeta No.5, pdf No.01). El 26-08-2022 requirió a la Gerenta Regional Eje Cafetero y al Gerente de Prestación de Servicios de la Nueva EPS SA (Cuaderno No.1, carpeta No.5, pdf No.02); el 01-09-2022 inició el incidente en su contra (Cuaderno No.1, carpeta No.5, pdf No.05); el 16-09-2022 decretó pruebas (Ibidem, pdf No.09); y, el 23-09-2022, ante el incumplimiento, sancionó con multa y arresto (Ibidem, pdf No.14).

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 23-09-2022 que sancionó con arresto y multa a los doctores María Lorena Serna Montoya y Alberto Hernán Guerrero Jácome, gerentes Regional Eje Cafetero y de Prestación de Servicios de la Nueva EPS SA, respectivamente?
	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 (...)”.* 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 (2018)[[5]](#footnote-5).

Importa 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 sanción consultada se revocará habida cuenta de que se incumple uno de los presupuestos objetivos del desacato, específicamente, el alcance de la orden tutelar.

El fallo de primera instancia del 16-05-2012, ajustado con decisión del 19-02-2021, ordenó a la Gerenta Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS SA, en cuarenta y ocho (48) horas: **(i)** Suministrar a la actora de forma periódica y permanente insumos sanitarios (Pañales, pañitos, etc.), sin necesidad de orden medica ni trámite de autorización; y **(ii)** Brindar el tratamiento integral *“(...) que se derive directamente de la patología Cistocele grado II/III e Incontinencia urinaria (…)”* (Cuaderno No.1, carpeta No.1, pdf No.01, folios 32-42 y carpeta No.4, pdf No.01).

Y, la interesada, por su parte, alegó la falta de prestación del servicio de terapias domiciliarias dispuestas por el galeno para tratar el *“(…) OTRO DOLOR CRÓNICO (…)”* de miembro inferior izquierdo que padece (Cuaderno No.,1, carpeta No.4, pdf No.01, folios 5 y 6), enfermedad diferente a las que se dispuso brindar el tratamiento integral y sin relación alguna con ellas. La historia clínica nada especifica respecto de que sea consecuencia de la incontinencia urinaria o el cistocele objeto de permanente y completo servicio de salud. Por lo tanto, inviable imputar a los incidentados el desacato de *una sentencia constitucional que no cobijó esa asistencia*.

En la decisión que modificó la orden se expuso: *“(…) es viable emitirse orden de tratamiento integral,* ***restringida eso sí****, a su enfermedad Incontinencia Urinaria, Cistocele grado II/III y Dermatitis del pañal, es decir, al suministro (…) de los pañales (…) en aras de evitar que deba acudir a los estrados judiciales cada vez que requiera el suministro (…)”* (Negrilla a propósito) (Cuaderno No.1, carpeta No.4, pdf No.01, folio 7); por ende, fue una inexactitud concluir que hubo desacato.

Reconoce la Corporación que la actora es una persona de especial protección constitucional, por su estado de discapacidad y parcial dependencia de terceros (50% DE CAPACIDAD FUNCIONAL) (Cuaderno No1, carpeta No.4, pdf No.13, folio 4), de tal manera que amerita un trato diferenciado; sin embargo, es circunstancia que en modo alguno puede significar que el juez constitucional cuestione actuaciones ajenas al objeto del trámite incidental, con desmedro de las garantías, también fundamentales, del derecho de defensa y contradicción de la EPS encausada.

En decisión anterior la Magistratura advirtió el defectuoso amparo de los derechos que supuso la sentencia de tutela y ordenó el ajuste conforme a la situación de salud de la accionante (Cuaderno No.2, carpeta No.2, pdf No.06); y, en acato de la orden se adicionó el tratamiento integral, pero se limitó a las patologías relacionadas con el manejo de esfínteres y el suministro de insumos sanitarios (Cuaderno No.1, carpeta No.4, pdf No.01). No abarcó las demás dolencias como *“(…) SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBRO-VASCULAR (…)” o “(…) DOLOR CRÓNICO INTRATABLE (…)”* (Cuaderno No1, carpeta No.4, pdf No.13, folio 4).

Imposible entonces que en sede incidental se rebata la prestación de servicios de salud diferentes a “(…) *Incontinencia Urinaria, Cistocele grado II/III y Dermatitis del pañal (…)”*.

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. REVOCAR el auto proferido el 23-09-2022 por el Juzgado de Familia de Dosquebradas.
2. ORDENAR la devolución de los cuadernos al Despacho de origen.
3. 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. 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)