SANCIÓN POR DESACATO/ Persiste el desobedecimiento al fallo de tutela.

“Ciertamente, está vencido el plazo otorgado y aún no se cumple la orden impartida, situación que se constató en esta instancia. Los derechos fundamentales constitucionales siguen violados por la renuencia de la entidad, continúan en estado de vulneración desde cuando se inició el amparo constitucional y ante la negligencia mostrada por la incidentada para esclarecer su responsabilidad, que bien se sabe no es objetiva, fue suficiente para dar pábulo a la premisa que afincó la conclusión de estimarla responsable.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias T-553 de 2002, T-343 y T-606 de 2011, T-527 de 2012 y C-367 de 2014; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 16 de abril de 2012 -rad. 59.891-; 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 DE DECISIÓN CIVIL– FAMILIA –DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Decide consulta – Sanción por desacato

 Incidentante : María Fabiola Gil Ospina

 Agente oficiosa : Luz Marina Velásquez Gil

 Incidentada (s) : Nueva EPS SA

 Procedencia : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2014-00131-02

 Tema : Subreglas desacato – Ejecutabilidad del fallo

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 27 de 26-01-2016

Pereira, R., Veintiséis (26) de enero de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta del auto sancionatorio en el asunto de la referencia, una vez surtido el trámite respectivo, con ocasión del desacato a una orden de tutela.

1. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

La agente oficiosa reclamó ante la *a quo*, iniciar incidente de desacato contra la accionada, el trámite concluyó con sanción el día 06-08-2015 (Folios 37 a 39, cuaderno de incidente). Seguidamente las diligencias fueron arrimadas ante esta instancia, donde con providencia del 08-09-2015, se revocó esa decisión conforme a la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1) (Folios 11 a 13, cuaderno No.2).

El juzgado de instancia retomó el trámite, con sendos autos de los días 07-10-2015 y 19-11-2015, requirió a la Gerenta Zonal del Departamento de Risaralda de la Nueva EPS y al representante legal de esa entidad (Folios 54 y 80, cuaderno de incidente), luego el 30-11-2015 abrió de nuevo el incidente de desacato en contra de los instados (Folio 86, ídem), para finalmente con providencia del 15-12-2015, sancionarlos con multa y arresto (Folios 92 y 93, ídem).

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

Según el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal tiene facultad para revisar la pena atribuida por el Juzgado de conocimiento, al ser su superior jerárquico.

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia del día 15-12-2015, que sancionó a la doctora María Lorena Serna Montoya y al doctor José Fernando Cardona Uribe, en sus calidades de Gerenta Zonal del Departamento de Risaralda y representante legal de la Nueva EPS, con ocasión del trámite de desacato adelantado?

* + 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[[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).

Explica la profesora Catalina Botero Marino[[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) (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”[[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.

También tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[[12]](#footnote-12), Sala de Casación Penal, en decisión que acoge el criterio de la Corte Constitucional: “*(…) el incidente de desacato es un mecanismo sancionatorio que procura obtener de forma persuasiva, el cumplimiento de la orden de tutela, pero no constituye un fin en sí mismo.”,* 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.”;* enseguida trajo a colación un precedente horizontal[[14]](#footnote-14), y reiteró: “*aunque el accionado inicialmente se sustrajo de forma injustificada al cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de tutela, se observa luego de sancionado con desacato, reparó su omisión, y en tal sentido, es innecesaria la ejecución de la misma (…)”.*

Finalmente y en lo que a los términos para decidir los incidentes de desacato, la Corte Constitucional[[15]](#footnote-15), señaló:

2.2. Al regular la Constitución la acción de tutela, en su artículo 86, y precisar que tanto la protección de los derechos como el cumplimiento de los fallos deben ser inmediatos, y disponer que dicha inmediatez no debe superar los diez días, de este mandato se sigue que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela no habrán de transcurrir más de diez días, contados desde su apertura.

2.3. En casos excepcionalísimos, (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.

* 1. La resolución del problema jurídico

La decisión venida en consulta habrá confirmarse en su integridad, 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.

El fallo de tutela fechado 05-06-2014 ordenó, a la Nueva EPS, entregar el medicamento “QUETIAPINA 25 mg (QUETIAZIC)”, advirtiendo que debe hacerlo con la periodicidad que indique el médico tratante (Folio 20, ib.).

Con el propósito de acreditar los aspectos atrás mencionados, la juzgadora de primer nivel hizo varios requerimientos, pero no obtuvo respuesta fundada, puesto que el desabastecimiento del medicamento que antepone la EPS accionada como demostrativo de su diligente gestión, es insuficiente como argumento para faltar al cumplimiento de la orden judicial, pues la actora en cambio sí lo obtiene en la droguería del almacén La 14 de la ciudad (Folio 72 ib.).

Ahora, no es de recibo el ofrecimiento por parte de la EPS (Folio 5 a 15 del cuaderno No.3) de sustituir el medicamento recetado por otro genérico con que cuenta su proveedor farmacéutico, cuando ha sido el galeno tratante quien ha manifestado que no puede reemplazarse por otro, pues su paciente refiere intolerancia a otras marcas (Folio 73 ib.); tampoco, la opción de reembolso referida pues no se demostró que realmente se haya ofertado a la agente oficiosa y que esta se rehusara a aceptarlo, la simple manifestación es insuficiente para así acreditarlo.

Ciertamente, está vencido el plazo otorgado y aún no se cumple la orden impartida, situación que se constató en esta instancia. Los derechos fundamentales constitucionales siguen violados por la renuencia de la entidad, continúan en estado de vulneración desde cuando se inició el amparo constitucional y ante la negligencia mostrada por la incidentada para esclarecer su responsabilidad, que bien se sabe no es objetiva, fue suficiente para dar pábulo a la premisa que afincó la conclusión de estimarla responsable.

En este orden de ideas, la decisión que se abre paso en esta Colegiatura es la confirmación íntegra de la pena, ya que el fin central de este trámite persiste incumplido, y 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.

No obstante lo anterior, encuentra esta Magistratura necesario ajustar la sanción impuesta de conformidad con los lineamientos establecidos por la Sala Administrativa del CSJ en el Acuerdo No PSAA10-6979 de 2010, pues la *a quo* omitió advertir que en caso de no pagarse 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 FINALES

En armonía con lo expuesto, se impartirá confirmación a la sanción adoptada en primer grado, pero se adicionará su numeral 4º.

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. CONFIRMAR la decisión del día 15-12-2015, emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, conforme a lo razonado en esta decisión.
2. ADICIONAR el numeral 4° de la citada providencia en el sentido disponer que de no ser pagada la multa en el plazo concedido para ello, 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.
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

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

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

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-218 del 2012. Reitera la sentencia T-086 de 2003. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-343 del 05-05-2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 del 11-08-2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. 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-7)
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias 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. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. 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-11)
12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación penal. Sentencia del 16-04-2012; MP: Sigifredo Espinosa P., consulta incidente de desacato No.59.891. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Decisión de tutelas. Sentencia del 01-03-2007; expediente No.30.127. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 del 11-06-2014. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-527 del 09-07-2012. [↑](#footnote-ref-16)