**Tema: INCIDENTE DE DESACATO EN TUTELA / A QUIEN ESTÁ DIRIGIDA LA ORDEN / QUIEN DEBE CUMPLIRLA / TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO Y DESACATO SON DIFERENTES / SALA UNITARIA / REVOCA / “**En el fallo se atribuyó la responsabilidad para entregar los suplementos alimenticios y brindar el tratamiento integral al representante legal de la Nueva EPS SA, con sede en esta ciudad (Numeral 2º del fallo de tutela, visible a folio 5, ídem), luego dentro del trámite del incidente se efectúo un requerimiento a la Gerenta Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS SA, para que hiciera cumplir e iniciara el disciplinario contra la Representante Judicial de la Regional (Folio 18, cuaderno del incidente), cuando en realidad es a ella, precisamente, a quien le correspondía cumplir con la orden de tutela, dada su calidad de representante legal tanto de la regional como de las oficinas zonales o agencias. Así se advirtió en el precedente horizontal de esta Sala”

(…)

“Consecuentes con lo transcrito, ha debido la jueza ajustar la orden de la sentencia en garantía de los derechos protegidos con la acción de tutela, para procurar la efectividad del amparo prodigado, pues como fue expedida no es ejecutable.”

**Citación jurisprudencial:** CC. Sentencia T-343 del 05-05-2011. / CC. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. / Sentencia T-606 del 11-08-2011. / CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido las sentencias T-897 de 2008. / CC. Sentencia T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005. / CC. Sentencias T-939 de 2005, T-632 de 2006. /

CC. Sentencia T-421 del 2003. / CC. Sentencia C-367 de 2014. / CC. Auto 181 de 2015 / CC. Sentencia T-218 del 2012. Reitera la sentencia T-086 de 2003.

CSJ, Sala Civil. Autos ATC101-2016, ATC1555-2016 y ATC3599-2016, entre otros.

TSP, Sala Civil – Familia. Auto del 30-06-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, exp. No.2015-00247-01. / TSP, Sala Civil – Familia. Auto del 06-02-2013; MP: Claudia M. Arcila R., exp. No.2011-00608-01. /

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



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Decide consulta – Sanción por desacato

Incidentante : Manuela Ocampo Aristizábal (Menor)

Representante legal : María Isabel Aristizábal Orozco

Incidentada (s) : Representante Judicial Nueva EPS SA, Regional Eje Cafetero y otra

Procedencia : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Radicación : 2011-00580-01

Temas : Subreglas desacato – Ejecutabilidad del fallo

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., dieciocho (18) de octubre 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 representante legal de la menor incidentante solicitó el día 31-08-2016 iniciar incidente de desacato (Folios 15 a 17, cuaderno del incidente). El Despacho con auto del día 02-09-2016 requirió a la Gerenta Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS SA (Folio 18, cuaderno del incidente). Luego con providencia del día 12-09-2016 se dio apertura al incidente contra la citada funcionaria y la Representante Judicial de la Nueva EPS SA, Regional Eje Cafetero (Folios 21 y 22, cuaderno del incidente). Posteriormente, con decisión del 26-09-2016 las sancionó (Folios 30 a 32, ídem).

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

Esta Corporación está facultada para revisar la decisión sancionatoria, al tener la condición de superiora jerárquica del Despacho que la adoptó (Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991).

No obstante lo anterior, se precisa advertir, conforme lo reglado en el inciso 1º del artículo 35 del CGP, que la consulta se realizará en Sala Unitaria de la Corporación, puesto que la aludida providencia no se halla dentro de los proveídos que taxativamente identifica la norma como los que deben desatarse en Sala de Decisión. Así entonces, se cambia el criterio sostenido en los distintos autos proferidos en sede de consulta, especialmente por la Sala que preside esta magistratura.

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia de 26-09-2016 mediante la cual se impuso arresto y multa a las doctoras Ana María Sarmiento Velásquez y María Lorena Serna Montoya, como Representante Judicial y Gerenta de la Nueva EPS SA, Regional Eje Cafetero, con ocasión del trámite de desacato adelantado ante la *a quo*?

* 1. La resolución del problema jurídico
     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[[1]](#footnote-1), 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)”[[2]](#footnote-2). 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”[[3]](#footnote-3).

Explica la profesora Catalina Botero Marino[[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) (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”[[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 jurisprudencia de la CSJ[[11]](#footnote-11), Sala Civil, en reiteradas y recientes (2016) 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[[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 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

Se revocará la decisión consultada, puesto que en el fallo de tutela, se incurrió en una imprecisión, acorde con los postulados jurídicos anotados en los párrafos anteriores, ya que si bien se emitió la correspondiente orden para proteger el derecho invocado, no se indicó quién debía cumplirla. Tal circunstancia adquiere relevancia, dado que el mandato se extiende al tratamiento integral de la *“parálisis cerebral”* que padece la incidentante, que es causa de dificultades en la alimentación y solo se logra por intermedio de sondas gástricas, según se precisa en la misma sentencia (Folios 1 a 5, del cuaderno del incidente).

En el fallo se atribuyó la responsabilidad para entregar los suplementos alimenticios y brindar el tratamiento integral al representante legal de la Nueva EPS SA, con sede en esta ciudad (Numeral 2º del fallo de tutela, visible a folio 5, ídem), luego dentro del trámite del incidente se efectúo un requerimiento a la Gerenta Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS SA, para que hiciera cumplir e iniciara el disciplinario contra la Representante Judicial de la Regional (Folio 18, cuaderno del incidente), cuando en realidad es a ella, precisamente, a quien le correspondía cumplir con la orden de tutela, dada su calidad de representante legal tanto de la regional como de las oficinas zonales o agencias. Así se advirtió en el precedente horizontal de esta Sala[[16]](#footnote-16).

Así las cosas, y no obstante, que las sentencias están arropadas por la intangibilidad de la cosa juzgada, tiene dicho la Corte Constitucional que excepcionalmente es posible modificarlas en tres (3) casos, a efectos de dotarlas de efectividad en el amparo de los derechos fundamentales. Explica la citada Colegiatura[[17]](#footnote-17), en criterio acogido por esta Sala[[18]](#footnote-18)-[[19]](#footnote-19):

… la modificación de la orden impartida por el juez no puede tener lugar en cualquier caso. Este debe corroborar previamente que se reúnen ciertas condiciones de hecho que conducirán a que dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público. Esto puede suceder en varias hipótesis: (a) cuando la orden por los términos en que fue proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; (b) en aquellos casos en que su cumpli­miento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público; y (c) cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden.

Consecuentes con lo transcrito, ha debido la jueza ajustar la orden de la sentencia en garantía de los derechos protegidos con la acción de tutela, para procurar la efectividad del amparo prodigado, pues como fue expedida no es ejecutable.

Pese a lo anterior, halla la Sala necesario recordar la obligación de acatar el Acuerdo No.PSAA10-6979 de 2010 de la Sala Administrativa del CSJ; por cuanto en el proveído sancionatorio se omitió advertir que en caso de no pagar 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

Acorde con lo expuesto en líneas atrás, se revocará la sanción; y en su lugar, deberá la

*a quo* modificar el fallo para incluir una orden concreta y ejecutable que sea garantía del amparo de los derechos invocados por la actora.

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. REVOCAR la decisión del día 26-09-2016 del Juzgado Tercero de Familia de Pereira, conforme a lo razonado en esta decisión.
2. ORDENAR, en consecuencia, a la jueza de primer grado que modifique la sentencia de tutela del 01-09-2011, en el sentido de indicar expresamente quién debe cumplirla, conforme la estructura organizacional de la entidad accionada.

1. ORDENAR la devolución del expediente al Despacho de origen.
2. 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 / 2016*

1. CC. Sentencia T-343 del 05-05-2011. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. CC. Sentencia T-606 del 11-08-2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. 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-6)
7. CC. Sentencia T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Sentencias T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Sentencia T-939 de 2005. También la sentencia T-897 de 2008, y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Sala Civil. Autos ATC101-2016, ATC1555-2016 y ATC3599-2016, entre otros. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Sentencia T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. Sentencia C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. Sentencia T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. TSP, Sala Civil – Familia. Auto del 30-06-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, exp. No.2015-00247-01. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. Sentencia T-218 del 2012. Reitera la sentencia T-086 de 2003. [↑](#footnote-ref-17)
18. TSP, Sala Civil – Familia. Auto del 06-02-2013; MP: Claudia M. Arcila R., exp. No.2011-00608-01. [↑](#footnote-ref-18)
19. TSP, Sala Civil – Familia. Auto del 30-06-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, exp. No.2015-00247-01, entre otros. [↑](#footnote-ref-19)