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 Corporación.

Providencia: AUTO – INCIDENTE DE DESACATO EN EL GRADO DE CONSULTA – 07 de diciembre de 2016

Radicación Nro. : 2016-00287-01

Accionante: OLGA LUCÍA CASTAÑO OSORNO

Accionados:       NUEVA EPS

Proceso:                 Acción de Tutela – Confirma la sanción emitida por el *a quo* y adiciona

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DERECHO A LA SALUD / PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS / TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA ENFERMEDAD / INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE TUTELA.** “[L]a Nueva EPS refirió que había cumplido con el fallo de tutela porque ya se realizaron los exámenes médicos, sin demostrar que haya autorizado la cirugía bariátrica dispuesta por el médico tratante *“BYPASS GASTRICO (Sic) POR LAPAROSCOPIA”* (Folio 6, cuaderno principal), pues se excusó en la necesidad de que se adicionara la parte resolutiva del fallo de tutela para disponer, de forma expresa, su realización *“(…) con el fin de garantizar el recobro ante el FOSYGA (…)”* (Folio 45, cuaderno principal). Claramente se abstiene de brindar el servicio de salud integral a la accionante, pese a las órdenes médicas, con el interés único de recobrar los dineros de la cirugía, en franca desatención del fallo de tutela. Es evidente la renuencia frente a la conducta debida y es injustificado el pretexto de la incidentada. Entonces, la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la orden impartida. (…) Adicionalmente, encuentra esta Superioridad necesario ajustar la providencia sancionatoria, de conformidad con los lineamientos establecidos por la Sala Administrativa del CSJ en el Acuerdo No PSAA10-6979 de 2010, pues se 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.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-343 del 2011 / Sentencias T-553 de 2002 / Sentencia T-368 de 2005 / Sentencia T-606 de 2011 / Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006 / Sentencia T-897 de 2008 / Sentencia T-171 de 2009 / Sentencia T-1113 de 2005 / Sentencia T-632 de 2006 / Sentencia T-939 de 2005 / Sentencia T-897 de 2008 / Sentencia T-421 del 2003 / Sentencia C-367 de 2014 / Auto 181 de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SCC, Autos ATC101-2016, ATC1555-2016 y ATC3599-2016.



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 : Olga Lucía Castaño Osorno

 Incidentada (s) : Gerencia Zonal Nueva EPS Departamento de Risaralda

 Procedencia : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2016-00287-01

 Tema : Responsabilidad subjetiva

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

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 RELEVANTES

Se reclamó en el día 19-10-2016 ante el *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folios 1 y 2, cuaderno incidente No.1). El Despacho con proveído del 24-10-2016 requirió a la Gerenta Zonal Departamento de Risaralda y al representante legal de la Nueva EPS (Folios 30 y 31, cuaderno incidente No.1); posteriormente, con auto del 01-11-2016 se dio apertura al incidente de desacato en contra de ambos funcionarios (Folio 37, cuaderno incidente No.1). Y finalmente, con auto del 23-11-2016 los sancionó con multa y arresto (Folios 48 y 49, ibídem).

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

Esta Sala especializada está facultada para revisar la decisión sancionatoria tomada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, al tener la condición de superiora jerárquica de tal Despacho (Artículo 52, 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 23-11-2016 mediante la cual se impuso sanción de arresto y multa a los doctores María Lorena Serna Montoya y José Fernando Cardona Uribe, en sus calidades de Gerenta Zonal del Departamento de Risaralda y Representante Legal de la Nueva EPS, respectivamente, 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

Los elementos 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).

Expone 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).

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 jurisprudencia de la CSJ[[11]](#footnote-11) 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

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.

Se tiene que en la sentencia de tutela del día 25-07-2016 se ordenó a (i) La Nueva EPS; (ii) Que en el término de dos días; (iii) a) Autorizara los exámenes *“ESOFAGOGASTRODUODENOSCOPÍA, ECOGRAFÍA DE TIROIDES Y ECOGRAFÍA ABDOMINAL TOTAL”*; y, b) brindara el tratamiento integral *“(…) para mejorar la patología que padece -OBESIDAD Y OTROS TRASTORNOS ENDOCRINOS ESPECIALIZADOS- (…)”* (Folios 3 vto. y 4, ib.); decisión ajustada con el proveído dictado el 24-10-2016, en el sentido de identificar la persona de la obligada, pues requirió a la Gerenta Zonal de la Nueva EPS del Departamento de Risaralda para que informara, si ya dio cumplimiento la orden impartida en la sentencia de tutela.

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se hicieron varios requerimientos y se recibió como respuesta un escrito mediante el cual la Nueva EPS refirió que había cumplido con el fallo de tutela porque ya se realizaron los exámenes médicos, sin demostrar que haya autorizado la cirugía bariátrica dispuesta por el médico tratante *“BYPASS GASTRICO (Sic) POR LAPAROSCOPIA”* (Folio 6, cuaderno principal), pues se excusó en la necesidad de que se adicionara la parte resolutiva del fallo de tutela para disponer, de forma expresa, su realización *“(…) con el fin de garantizar el recobro ante el FOSYGA (…)”* (Folio 45, cuaderno principal).

Claramente se abstiene de brindar el servicio de salud integral a la accionante, pese a las órdenes médicas, con el interés único de recobrar los dineros de la cirugía, en franca desatención del fallo de tutela. Es evidente la renuencia frente a la conducta debida y es injustificado el pretexto de la incidentada. Entonces, la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la orden impartida.

Así las cosas, se abre paso para esta Sala, confirmar el proveído venido en consulta, ya que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, siguen en igual estado de vulneración desde el 01-10-2016 cuando se ordenó la cirugía de *“BYPASS GASTRICO (Sic) POR LAPAROSCOPIA”,* que hace parte del tratamiento integral reconocido a la incidentante, pues guarda relación íntima con la patología que fue objeto de amparo constitucional, lo que da cuenta sobre el incumplimiento del cometido cardinal de este trámite, 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.

Adicionalmente, encuentra esta Superioridad necesario ajustar la providencia sancionatoria, de conformidad con los lineamientos establecidos por la Sala Administrativa del CSJ en el Acuerdo No PSAA10-6979 de 2010, pues se 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

Acorde con lo expuesto, (i) Se confirmará parcialmente el proveído venido en consulta; y, (ii) Se adicionará el numeral 4º para ordenar la expedición de copias para cobro coactivo.

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. CONFIRMAR la decisión sancionatoria dictada el día 23-11-2016, emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira.
2. ADICIONAR el numeral 4º de la citada providencia en el sentido de disponer que en caso de no ser pagada la multa impuesta 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.
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*

*DGH /ODCD/2016*

1. CC. Sentencia T-343 del 05-05-2011; MP: Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#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; MP: Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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, 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. CC. Sentencia T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-16)