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 Sala.

Providencia: Auto – Incidente de desacato en grado de consulta – 26 de septiembre de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Confirma sanción

Radicación Nro. : 2017-00068-01

Accionante: GLORIA CECILIA HENAO MURILLO

Accionados:      PRESIDENTE DE MEDIMÁS EPS Y OTRO

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / ORDEN INCUMPLIDA.** Se tiene que en la sentencia de tutela del 21-07-2017, ajustada la orden con auto del 15-08-2017, se dispuso que el Representante Legal Judicial y el Presidente de Medimás EPS, dentro de tres (3) siguientes a la notificación del fallo, reconocieran y pagaran a la actora las incapacidades causadas durante los periodos comprendidos entre el 04-08-2016 al 29-09-2016, 14-10-2016 a 25-02-2017 y 27-03-2017 a 24-06-2017 (Folios 1 a 9 y 28 a 31, cuaderno del incidente). Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se les requirió en repetidas ocasiones (Folios 28 a 31 y 39, ibídem), mas guardaron silencio. Así las cosas, se aprecia incumplido el fallo de tutela, pues no se ha pagado ninguna de las incapacidades. Luego del silencio de los incidentados, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite, en ninguna de las instancias, ofrecieron una respuesta que justificara la tardanza. Entonces la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la sentencia de primera instancia.



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 : Gloria Cecilia Henao Murillo

 Incidentado (s) : Presidente de Medimás EPS (Antes Cafesalud EPS) y otro

 Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2017-00068-01

 Tema : Responsabilidad subjetiva

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., Veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

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

Se reclamó en el 04-08-2017 ante el *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folio 10, cuaderno incidente). El Despacho con proveído del mismo día requirió al Gerente de Defensa Judicial y al Presidente de Cafesalud EPS (Folio 11, ibídem), el 14-08-2017 dio apertura del incidente en su contra (Folio 16, ib.); luego, el 15-08-2017 ajustó la orden de tutela y requirió al Representante Legal Judicial y al Presidente de Medimás EPS (Folios 28 a 31, ib.), el 28-08-2017 abrió el incidente frente a ellos (Folio 21, ib.), el 04-09-2017 decretó pruebas (Folio 43, ib.), y finalmente, con providencia del 11-09-2017 solo sancionó con multa y arresto al Presidente de Medimás EPS (Folios 46 a 48, ib.).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada para revisar la decisión sancionatoria, al tener la condición de superiora jerárquica del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira. La consulta se decide en Sala Unitaria de la Corporación, puesto que no se trata de una providencia que deba desatarse en Sala de Decisión (Inciso 1º del artículo 35 del CGP). Criterio adoptado desde el 16-08-2016[[1]](#footnote-1).

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia 11-09-2017 mediante la cual se impuso sanción de arresto y multa al doctor Hernán Alfonso Briceño Rodríguez, Presidente de Medimás EPS, 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

La labor del juez constitucional al resolver un trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), consiste en:

… verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar 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[[3]](#footnote-3), para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela...

Expone la profesora Catalina Botero M.[[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 CSJ[[11]](#footnote-11), en reiteradas y recientes 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 a 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 21-07-2017, ajustada la orden con auto del 15-08-2017, se dispuso que el Representante Legal Judicial y el Presidente de Medimás EPS, dentro de tres (3) siguientes a la notificación del fallo, reconocieran y pagaran a la actora las incapacidades causadas durante los periodos comprendidos entre el 04-08-2016 al 29-09-2016, 14-10-2016 a 25-02-2017 y 27-03-2017 a 24-06-2017 (Folios 1 a 9 y 28 a 31, cuaderno del incidente).

Con el fin de acreditar los aspectos atrás mencionados, se les requirió en repetidas ocasiones (Folios 28 a 31 y 39, ibídem), mas guardaron silencio. Así las cosas, se aprecia incumplido el fallo de tutela, pues no se ha pagado ninguna de las incapacidades.

Luego del silencio de los incidentados, se advierte la desidia frente a la conducta debida, por cuanto en este trámite, en ninguna de las instancias, ofrecieron una respuesta que justificara la tardanza. Entonces la sanción impuesta aparece fundada en la desatención a la sentencia de primera instancia.

Es preciso aclarar, que la decisión se confirmará, pese a que solo recaiga frente al Presidente de Medimás EPS, requerido para que hiciera cumplir la orden de tutela, pues desatendió la obligación legal de adelantar el proceso disciplinario en contra del empleado responsable de atender la orden judicial (Artículo 27, Decreto 2591 de 1991).

De otro lado, la Sala pone de relieve que la *a quo*, no obstante haber señalado al Representante Legal Judicial de Medimás EPS como el encargado de cumplir el fallo de tutela, haya dejado de tomar decisión alguna en su contra ni expuesto justificación para liberarlo de la responsabilidad, máxime que es notoria su desatención a la orden judicial; en consecuencia, como en este tipo de asuntos constitucionales es inaplicable el principio de la *no reformatio in pejus*, se adicionará la decisión consultada para declararlo en desacato e imponerle las sanciones correspondientes.

Lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia constitucional de la CC[[16]](#footnote-16) que de antaño ha dicho en relación con la reforma en perjuicio en incidente de desacato que: *“(…) en cuanto a la consulta ya establecida y regulada en un determinado ordenamiento legal, no tiene sentido que su procedencia se relacione con la "reformatio in pejus" ya que, según lo dicho, este nivel de decisión jurisdiccional no equivale al recurso de apelación y, por ende no tiene lugar respecto de ella la garantía que especifíca y únicamente busca favorecer al apelante único (…)”.*

Criterio continuado por el máximo ente constitucional[[17]](#footnote-17)*: “(…) tratándose de acciones de tutela, e inclusive, en el trámite del incidente de desacato no está previsto el recurso de apelación, luego resulta inapropiado hablar del mencionado principio [no reformatio in pejus] cuando no hay la posibilidad jurídica de que exista apelante único (…).*

Asimismo, la doctrina nacional[[18]](#footnote-18) ha reseñado al respecto: *“(…) La consulta no es una apelación sino un grado jurisdiccional, cuyo fin es revisar por parte del superior jerárquico una providencia judicial. (…) no hay lugar a apelación (…). Y como es consulta, y no apelación, no opera la prohibición de la reformatio in pejus, (…), que sólo (Sic) protege al apelante único (…)”.*

También nuestro órgano de cierre[[19]](#footnote-19) (CSJ, Sala Civil) aunque en tratándose exclusivamente de sentencias de tutela de segunda instancia comparte la inaplicación de ese principio:

‘[l]a tutela por la finalidad para la cual fue instituida, y los derechos e intereses superiores que con ella busca la Carta Política garantizar, no está limitada por el principio de la reformatio in pejus, lo cual comporta que el juzgador que conoce de la impugnación de una acción de amparo está facultado para modificar el fallo opugnado aunque la decisión que adopte pueda perjudicar al único recurrente, toda vez, que como ya se dijo, lo que se persigue es hacer prevalecer los preceptos superiores, la dignidad humana y los derechos básicos de las personas (…)»

Discernimiento ajustable a la consulta de desacato por tratarse de un asunto constitucional que propende por el cumplimiento de la orden tutelar, que no es otro distinto, a hacer prevalecer los derechos fundamentales.

En todo caso, por virtud de la especial finalidad de estos asuntos constitucionales, cual es procurar el cumplimiento de la orden tutelar, la parte incidentanda puede en cualquier momento, aun existiendo decisión de consulta que confirme la sanción, demostrar que atendió el fallo a efectos de que sea inejecutada. Los incidentados pueden: *“(…) 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 (…)”*[[20]](#footnote-20)*.* De igual parecer es la CSJ[[21]](#footnote-21).

Así las cosas, es evidente que el cometido cardinal de este trámite está incumplido, como explica la doctrina[[22]](#footnote-22) 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.

Finalmente, se advierte que las sanciones impuestas son adecuadas, proporcionadas y razonadas a la luz del desinterés a la orden tutelar mostrado por los incidentados[[23]](#footnote-23), por manera que es innecesario hacer ajuste alguno.

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo expuesto (i) se confirmará el proveído venido en consulta, pues se allana a las subreglas del trámite incidental; y, (ii) se adicionará para sancionar al Representante Legal Judicial de Medimás EPS.

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 11-09-2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira.
2. SANCIONAR al doctor César Augusto Arroyave Zuluaga, Representante Legal Judicial de Medimás EPS, con tres (3) días de arresto, y multa de tres (3) smlmv a favor del CSJ, que deberá consignar en la cuenta “CST MULTAS Y SUS RENDIMIENTOS – CUN No.3-0820-000640-8 del Banco Agrario de Colombia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este proveído.
3. 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 la Administración Judicial loca, con el fin de que inicie el proceso de cobro coactivo.
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*

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

*DGH /ODCD/2017*

1. TSP, Sala Civil-Familia. Auto del 16-08-2016, MP: Grisales H., No.2016-00047-01, criterio reiterado por la misma Sala Especializada en autos del 18-07-2017, No.2014-00107-01 y del 08-08-2017, No.2014-00420-02, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-226 de 2016, en igual sentido la T-343 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-553 de 2002, también puede consultarse la T-368 de 2005. [↑](#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-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-604 de 2015, T-171 de 2009 y T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 579 de 2015, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008, 122 de 2006 y 060 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. C-367 de 2014, T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 579 de 2015, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Civil. ATC101-2016, ATC1555-2016, ATC3599-2016 y ATC3660-2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. C-055 de 1993. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-406 de 2006. [↑](#footnote-ref-17)
18. CORREA H., Néstor R. Derecho procesal de la acción de tutela, 3ª edición. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá DC, 2010, p.224. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. STC10085-2017. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ, Sala Civil. STC5793-2017. Con similares argumentos la STC8448-2014: *“(…) Ante una situación como la registrada, esto es, cuando «el accionante aun cuando extemporáneamente, acató el referido fallo», esta Corporación debe imponer la misma solución dispuesta en otras oportunidades para casos de similares características al que ahora se analiza, vale decir, que «dejará sin efectos la sanciones que le fueron impuestas por el juzgado, pues el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió» (…)”* (Sublínea fuera de texto).. [↑](#footnote-ref-21)
22. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-22)
23. CC. T-271 de 2015, también pueden consultarse la 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-23)