

120-TUT-59333

Villavicencio, 22 de julio del 2022

Señores

JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO

Email: jctogir@cendoj.ramajudicial.gov.co

Girardot – Cundinamarca

E. S. D.

REFERENCIA: SOLICITUD DE NULIDAD O REVOCATORIA DE SANCIÓN IMPUESTA POR INCIDENTE DESACATO- CUMPLIMIENTO TOTAL Y VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LA SANCIONADA Y FALTA DE INDIVIDUALIZACIÓN

RADICADO: 2021-00109-01

ACCIONANTE: ENRIQUETA GUTIERREZ BUENDIA

ACCIONADA: FAMISANAR EPS.

JANETH ESTELA DIAZ BURBANO, actuando en calidad de Gerente Zonal Alto Magdalena de **EPS FAMISANAR S.A.S**, y como encargado del cumplimiento de los fallos de tutela, respetuosamente doy respuesta dentro del término concedido por su Despacho a lo solicitado en incidente de desacato, así:

I. OBJETO DE LA RESPUESTA

Que se declare la Nulidad o Revocatoria de la sanción impuesta por el juez A quo dentro del proceso Incidental que se adelantó en contra de la EPS, sanción que consiste en lo siguiente:

SEGUNDO: *En consecuencia, se sanciona a la Dra. Janneth Estella Díaz Burbano, en calidad de Gerente Zonal Alto Magdalena de EPS FAMISANAR, con la multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales, que deberán ser consignados a órdenes de la Nación, Tesoro Nacional en la cuenta DTN MULTAS Y CAUCIONES EFECTIVAS No. 3-0820-000640-8 del Banco Agrario en el término de 10 días.*

II. ANTECEDENTES

La señora **ENRIQUETA GUTIERREZ BUENDIA**, Acudió a su Despacho haciendo uso del mecanismo de protección constitucional, para solicitar la apertura formal de incidente de desacato por el presunto incumplimiento por parte de esta Entidad de la orden judicial aquí referenciada que amparó sus Derechos Fundamentales.

III. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN

Que se **INAPLIQUE** la sanción impuesta dentro del trámite incidental de desacato, en consideración al cumplimiento del fallo de tutela por parte de FAMISANAR EPS, por lo que continuación, me permito explicar cada una de las razones a fin de otorgarle elementos de juicio suficientes al Despacho, para que se declare el acatamiento de la orden tutelar dentro del trámite incidental en contra de la accionada.

IV. DEL CUMPLIMIENTO DEL FALLO

Es la propia Corte Constitucional quien ha considerado que la finalidad del incidente de desacato, no lo constituye la imposición de la sanción en sí misma, pues su propósito no es de naturaleza aflictiva, sino que busca fundamentalmente el cumplimiento efectivo de la respectiva providencia.

Lo anterior debido a que la sanción impuesta no cuenta con asidero jurídico, para mantenerla vigente, por cuanto no existió incumplimiento de la orden tutelar de manera previa a la imposición de la sanción, por las siguientes razones:

Es importante precisar que la usuaria ostenta una calificación emitida por la JNCI mediante la cual se determinó una PCL inferior al 50%, ahora bien, en virtud de lo dispuesto en Sentencia C-425 de 2005 de la Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial, Decreto 1072 de 2015 y demás normas concordantes, **EPS FAMISANAR SAS**, dentro del ámbito de sus competencias, dispuso de una valoración integral de los diagnósticos que presenta la usuaria, incluido el de **FIBROMIALGIA**, el cual NO fue valorado dentro de la calificación realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, veamos:

Diagnósticos calificados por la **JNCI**:

6. Fundamentos para la calificación del origen y/o de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional				
Título I - Calificación / Valoración de las deficiencias				
Diagnósticos y origen				
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Fecha	Origen
M069	Artritis reumatoide, no especificada			Enfermedad común
J459	Asma, no especificada			Enfermedad común
K295	Gastritis crónica, no especificada			Enfermedad común
I10X	Hipertensión esencial (primaria)			Enfermedad común
E039	Hipotiroidismo, no especificado			Enfermedad común
F339	Trastorno depresivo recurrente, no especificado			Enfermedad común

A continuación, los diagnósticos calificados por **EPS FAMISANAR**:

No	Descripción	Clase funcional/Valor porcentual							CAT	Domi nan cia	% Total Deficiencia (F.Balthazar sin ponderar)		
		No Tabla	Clase	CFP				Ajuste				Resultado	
				CFU	CFM1	CFM2	CFM3					Clase final y Deficiencia	% Deficiencia
1	Artritis reumatoide seropositiva	14.15		4	4				4B	75.00	0.00	87.34	
2	Fibromialgia secundaria	12.5		3						20.00	0.00		
3	Trastorno depresivo	13.2		1						20.00	0.00		
4	Hipertensión arterial	12.6		1	2	2			1E	14.00	0.00		
5	Hipotiroidismo subclínico	8.6		1	1				1C	8.00	0.00		

Dicho proceso de calificación integral de invalidez generó la emisión de un dictamen de calificación que determinó una PCL superior al 50% (71.27%), que, acorde a los documentos adjuntos y como quiera que no se interpuso recurso alguno al dictamen de calificación emitido y notificado debidamente a las partes el veintiséis (26) de septiembre de 2021, incluyendo a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, el **22 de enero de 2022 se generó constancia de firmeza al**

dictamen de calificación, notificado tanto a la usuaria como a la AFP, debiendo entonces la actora adelantar el trámite de reconocimiento de pensión ante el Fondo de Pensiones.



Al respecto, es importante reiterar que, si bien la sentencia objeto de marras ordenó a la EPS FAMILANAR SAS, “pagar a la señora Enriqueta Gutiérrez Buendía dentro del término de cinco (5) días hábiles días siguientes a la notificación de esta providencia, las incapacidades médicas que excedan los 540 días y hasta que cese su emisión en favor de la actora, concretamente, las generadas a partir del 2 de diciembre de 2020 y en adelante (...)”, también lo es que, **en dicho proveído se analizó e indicó que la EPS le corresponde pagar las incapacidades superiores al día 540, cuando no se ha tenido una PCL igual o superior al 50%:**

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes, conforme la norma citada.

Dicho escenario, claramente no aplica en el presente caso, toda vez que estamos frente a una usuaria que ostenta una PCL superior al 50% (71.27%) que claramente le concede el derecho a la usuaria de adquirir pensión de invalidez y por lo tanto, debe la administradora de fondo de pensiones, reconocer y pagar la mesada pensional de manera **retroactiva** desde la fecha de estructuración de la enfermedad, esto es, desde el **primero (1) de junio de 2021**, no existiendo entonces ninguna omisión, pues lo que

se busca es la garantía de una prestación económica por parte de las entidades que conforman el sistema de seguridad social.

Según lo precisado en Sentencia SU-313 de 2020 Corte Constitucional, la pensión de invalidez:

“siempre se reconoce y paga desde la fecha de estructuración, en adelante. Incluso cuando hay cotizaciones posteriores a la misma. Esto presupone que su beneficiario se entenderá pensionado desde esa misma fecha”. (negrilla y subrayado fuera del texto original)

En este sentido, cabe señalar que de realizarse el pago de incapacidades y posteriormente pago retroactivo de mesada pensional, la usuaria **estaría recibiendo dos pagos por el mismo concepto**, razón por la cual el gobierno Nacional expidió el Decreto 1333 de 2018 que busca prevenir y corregir conductas que puedan constituir abuso del derecho:

DECRETO 1333 DE 218 Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones.

Teniendo en cuenta que podría darse un caso de doble pago, es indispensable entrar a verificar el motivo por el cual el FONDO DE PENSIONES **NO HA DADO TRAMITE AL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ**. Así mismo, se tiene que dicho proceso busca definir la situación de la afiliada, pues la EPS PAGA EL 50% DEL IBC de acuerdo con la norma y en tal sentido, no se está garantizando los ingresos suficientes para sus gastos.

Se tiene entonces, que a la fecha ya se expidió dictamen de calificación de pérdida de capacidad que le permite a la usuaria consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez al contar con un 71.27% de PCL con fecha de estructuración el primero (1) de junio de 2021.

Bajo la premisa de la calificación superior al 50% que registra la accionante, es necesario señala que por regla general a los **pensionados no se le pagan incapacidades laborales de ningún tipo en razón a su calidad de pensionados**. La incapacidad laboral se paga precisamente como sustento del trabajador cuando por cuestiones médicas no está trabajando, pero en el caso de los pensionados, por estar pensionados no están laborando. Así mismo, los pensionados no reciben salario sino una mesada pensional, y sobre esa mesada pensional deben pagar aportes a salud quedando en el grupo de cotizantes.

Pero no obstante a ser cotizantes en el sistema de salud, la EPS no tiene la obligación de pagar las prestaciones económicas a que tiene derecho todo cotizante, como las incapacidades laborales. Lo anterior tiene fundamento en el objetivo o finalidad de la incapacidad laboral, que consiste en suplir los ingresos que el cotizante deja de percibir en ocasión a su incapacidad para laborar, pero ese no es el caso de los pensionados, que a pesar de estar incapacitados sus ingresos no se ven afectados por cuanto el pago de la mesada pensional no se suspende por la incapacidad.

Como el pago de la mesada pensional no se ve afectada por una incapacidad laboral, no se debe pagar esa incapacidad puesto que supondría un doble pago a cargo de los recursos del sistema general de seguridad social.

En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades el ministerio del trabajo, señalando que la mesada pensional se configura desde la fecha de estructuración del PCL superior a 50%, lo que es conocido como RETROACTIVO PENSIONAL:

El retroactivo pensional es el derecho a comprar las mesadas pensionales desde la fecha en que se cumplieron los requisitos para pensionarse, así la pensión haya sido reconocida con posterioridad. En consecuencia, cuando la pensión es reconocida, es probable que hayan transcurrido varios meses desde la presentación de la solicitud y desde el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, así que junto con la primera mesada que se pague se debe pagar el retroactivo correspondiente a las mesadas anteriores.

En virtud de lo expuesto, la usuaria NO tiene derecho al pago de incapacidades y por lo tanto su solicitud debe direccionarse al FONDO DE PENSIONES, pues si bien en el momento del fallo la usuaria no cumplía criterios o requisitos para pensionarse, esta situación ya cambio desde su dictamen de PCL del 71.27%, pues la afiliada debe reclamar el pago de mesada pensional a su FONDO DE PENSIONES.

En línea con anterior, se precisa que en comunicación con la usuaria al abonado celular 324 6140488, refirió que el día treinta (30) de junio radicó ante el COLPENSIONES, los documentos requeridos para solicitar la PENSIÓN DE INVALIDEZ, también manifestó, que por desconocimiento no había tramitado su pensión, teniendo claro que ella lo que busca y desea es poder pensionarse, así las cosas, es indispensable SOLICITARLE al respetado juez que REQUIERA a la Administradora de fondo de pensiones “COLPENSIONES” para que informe el estado del trámite y le de celeridad a la solicitud de la accionante, teniendo en cuenta que la señora Enriqueta tiene como único fin el reconocimiento y pago de su RETROACTIVO PENSIONAL.

A continuación, me permito adjuntar radicado por parte de COLPENSIONES, ante la solicitud de reconcomiendo de pensión por parte de la accionante, lo anterior, para constancia de lo manifestado por la misma usuaria.



La SENTENCIA SU 313 DE 2020, señaló que:

Esta sentencia analiza la fecha de reconocimiento y pago de Pensión señalando la Ley 100, en su artículo 40, dispone que “la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”. Una previsión similar contenía el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990. El legislador entendió que la prestación debía pagarse desde la fecha de estructuración porque ese sería el instante en el que la persona se convierte en un sujeto protegible por el Sistema de Seguridad Social. Esto es así con independencia de que, con posterioridad a esa fecha, la persona haya efectuado aportes al sistema pensional. Así mismo señala:

PENSION DE INVALIDEZ-Regla de reconocimiento corresponderá a Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, al momento de la estructuración de la invalidez

El Régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado un ciudadano para el momento en que se estructuró su PCL. La fecha de estructuración- será el elemento que resuelva cualquier conflicto de competencias que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM.

Para finalizar, se reitera que la afiliada **YA** cuenta con una calificación superior al 50%, es decir que para ella ya nació el derecho a la pensión de invalidez y, por lo tanto, se finalizó el cumplimiento del fallo, habida cuenta que actualmente tiene un dictamen que le permite consolidar el derecho al reconocimiento de pensión de invalidez. Ahora bien, como puede observar el despacho, no es voluntad desatender una orden judicial, precisamente en aras de dar cumplimiento, solicito al despacho REQUIERA AL FONDO DE PENSIONES “COLPENSIONES” para que le de celeridad a la

solicitud de reconocimiento de pensiones, pues en el caso la accionante cumple los requisitos suficientes para percibir el 100% de su mesada pensional el cual está destinado a garantizar su mínimo vital, y aun así, a la fecha por parte de la EPS y acorde a la norma únicamente tendría derecho al 50% del IBC lo cual claramente va en contravía de los intereses de la accionante.

Por lo anterior, se puede apreciar que FAMISANAR EPS ha dado cumplimiento a lo ordenado por los galenos tratantes, así como a lo mandado en el fallo de tutela, motivo por el cual es pertinente señalar al Despacho lo manifestado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, al indicar que: ***“la naturaleza del incidente de desacato 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.*** Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en si misma sino una forma de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia, que el caso que nos ocupa ha desaparecido el escenario de infracción al derecho fundamental protegido mediante la presente tutela.

De acuerdo con lo anterior nos permitimos solicitar **La NULIDAD o REVOCATORIA de la sanción toda vez** que el Juez A quo **olvidó REQUERIR AL SUPERIOR JERARQUICO**, que por normatividad vigente el juez está en la obligación de requerir dentro del trámite incidental al superior jerárquico de la persona encargada de dar cumplimiento a los fallos de tutela, toda vez que **NO se REQUIRIÓ PERSONALMENTE tal como lo indica la normatividad.**

En ese orden de ideas y por lo anteriormente argumentado me permito solicitar se decrete la **NULIDAD** de la sanción impuesta a la gerente de la Zonal de Ibagué por lo motivos expuestos.

VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL SANCIONADA Y FALTA DE INDIVIDUALIZACIÓN

En ninguna de las actuaciones surtidas por el A quo, como en el Auto de requerimiento previo de incidente de desacato y el de Apertura Formal de Incidente de Desacato se notificó personalmente al señor **SANTIAGO EUGENIO BARRAGAN FONSECA** de cada actuación, pues al que se requirió fue al doctor Elías Botero Mejía, que, desde el 24 de febrero del año 2022, presentó renuncia al cargo que venía desempeñando como Gerente General de Famisanar, motivo por el cual, **NO** se requirió al actual superior jerárquico tal como lo indica la normatividad.

REPRESENTANTES LEGALES

Por Acta No. 16 del 20 de febrero de 2019, de Junta Directiva, inscrita en esta Cámara de Comercio el 20 de junio de 2019 con el No. 02478741 del Libro IX, se designó a:

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
Gerente General	Elias Botero Mejia	C.C. No. 000000079146216

Por Documento Privado del 24 de febrero de 2022, inscrito en esta Cámara de Comercio el 9 de Marzo de 2022 con el No. 02801772 del Libro IX, Elias Botero Mejia presentó la renuncia al cargo.

Sobre la omisión del trámite formal del incidente la Sala de Casación Penal, de la H. Corte Suprema de Justicia, a través de providencia del 18 de noviembre de 2010, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa (incidente de desacato 51390. Aprobado acta No. 372), indicó lo siguiente:

*“En conclusión, bajo estas perspectivas, es claro que el Juez colegiado de instancia en ningún momento profirió el auto de apertura formal del incidente de desacato, no adelantó el trámite incidental legalmente fijado para estos eventos y para lograr el cumplimiento del fallo constitucional, **no se notificaron en debida forma sus decisiones**, tampoco se advierte que se hubiera realizado gestión alguna para lograr la respectiva identificación de la persona a la que le correspondía cumplir el fallo, y mucho menos la notificación personal de la misma.*

*Así las cosas, **sería inapropiado en aras de lograr el cumplimiento de un fallo de tutela, vulnerar el derecho fundamental al debido proceso del sujeto a quien le corresponde en ejercicio de sus funciones acatar ésta orden**, pues ello implicaría transgredir las garantías Constitucionales y Legales que se derivan del Estado Social de Derecho.*

Por lo tanto, es claro la vulneración al Derecho Fundamental al debido proceso de la EPS y de la persona sancionada:

El debido proceso es una manifestación de la acción estatal, entendiéndose ésta, como el conjunto de garantías que busca proteger al individuo frente a las actuaciones administrativas o judiciales de las autoridades para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio.

Este derecho al Debido Proceso, reconocido por el artículo 29 de la Constitución Política, es vulnerado cuando dentro del proceso no se verifican, por parte del administrador de justicia, los actos y procedimientos establecidos por las normas que regulan el asunto bajo estudio.

De esta forma, los Jueces de la República y autoridades administrativas, deben cumplir a cabalidad dentro de los procesos judiciales, los procedimientos y etapas procesales contempladas en la ley, pues de lo contrario estarían desconociendo el derecho fundamental al debido proceso por la inobservancia de las formas propias del juicio.

En tratándose del trámite encaminado a verificar el cumplimiento del fallo de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

“(...) Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza (...).”

Posteriormente, el artículo 52 del mismo Decreto 2591, señala:

*“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. **La sanción será impuesta mediante trámite incidental** y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.”*

A su vez, el artículo 129 del Código General del Proceso, indica:

*“(...) **ARTÍCULO 129. PROPOSICIÓN, TRÁMITE Y EFECTO DE LOS INCIDENTES.** Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer.*

Las partes solo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia. Del incidente promovido por una parte se correrá traslado a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas necesarias.

En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez

convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinente (...)”

En desarrollo de dicho artículo de la carta magna el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, “las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el Juez considere más expedito y eficaz.”

En el mismo sentido, el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 estableció que:

“(...) todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes (...) El juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa (...)”.

Dicha circunstancia ha sido reafirmada por la jurisprudencia nacional dentro de la cual se establece en fallo de tutela 65.187 del 14 de febrero de 2014 de la Corte Suprema de Justicia quien estableció que “la vinculación al trámite de incidente de desacato del obligado a cumplir con la orden de tutela debe ser a través de notificación personal. En otras palabras, el inicio del trámite del incidente de desacato debe **notificarse personalmente a la parte sancionada**”.

Lo anterior debido a que no se cumplen los presupuestos formales del trámite incidental. Dicha circunstancia ha sido reafirmada por la jurisprudencia nacional dentro de la cual se establece en fallo de tutela 65.187 del 14 de febrero de 2014 de la Corte Suprema de Justicia quien estableció que “la vinculación al trámite de incidente de desacato del obligado a cumplir con la orden de tutela.

“(...) Resulta entonces claro que si el obligado a cumplir la orden de tutela era el accionado, lo correcto habría sido enterarlo de manera personal de la iniciación del incidente, acto que contrario a lo argüido por el juez colegiado, no puede entenderse cumplido con el oficio que remitió y menos aún es posible asumir que el enteramiento se hizo en debida forma a través de la remisión al interior de la entidad, pues recuérdese que se trata de la providencia en virtud de la cual el incidentado tiene la oportunidad de dar las explicaciones relacionadas con el incumplimiento a la orden impartida y constituye el momento a partir del cual puede aportar o solicitar la práctica de pruebas, (...)”

Por lo anterior, **mal haría la Corte en avalar medidas privativas de la libertad y pecuniarias cuando se observa que dentro del trámite adelantado por el Tribunal de primer grado incurrió en sendas irregularidades que desconocen el debido proceso que le asiste al funcionario sancionado**, y en consecuencia, **afectan la validez de la decisión adoptada en su contra**, imponiéndose por lo tanto la necesidad de decretar la nulidad del trámite bajo análisis.(...)” (negrillas y subraya fuera de texto original)

Así las cosas, como por mandato legal este Honorable Despacho conserva la competencia para verificar el cumplimiento del fallo de tutela, y con base al **DERECHO FUNDAMENTAL** a la **LIBERTAD INDIVIDUAL**, solicito comedidamente acceda a **REVOCAR** e **INAPLICAR** la sanción impuesta.

V. DE LA FINALIDAD DEL INCIDENTE DE DESACATO

Es necesario indicar que el contenido de la orden impartida en el fallo de tutela es el elemento determinante de la responsabilidad subjetiva en el desacato, y es necesario que se acredite plenamente la concurrencia de un elemento subjetivo, esto es, que se refleje el querer desobedecer el mandato tutelar de manera caprichosa e injustificada; significando con ello, que debe mediar negligencia comprobada de la persona para el no cumplimiento del fallo de tutela.

Sobre este punto la Corte Constitucional ha señalado que: “No se puede imponer una sanción por desacato cuando: 1. La orden impartida por el Juez de Tutela no ha sido precisa- porque no se determinó quién debe cumplirla o su contenido es difuso; 2. Cuándo el obligado de buena fe quiere cumplir la orden, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo” Sentencia T-368-05 (resaltado fuera de texto).

Sobre este particular, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T -171 de 2009 indico lo siguiente:

“(…) Ahora bien, en este punto ya ha quedado claro que, el juez constitucional además de tener la obligación de velar por la observancia de la sentencia de tutela tiene la posibilidad de tramitar a petición de parte, un incidente de desacato. De acuerdo con esto, se encuentra 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. Por tal motivo, debe precisarse que la finalidad del mencionado incidente 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. (...)” (subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, de acuerdo con la doctrina constitucional vigente, el incidente de desacato es un trámite especial que tiene como principal propósito conseguir que el incumplimiento de cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela que se denuncia como incumplida mientras que la sanción de arresto y multa es solo una de las formas para buscar el cumplimiento de la sentencia de tutela respectiva.

De manera que, en el caso de llegarse a cumplir con la orden de amparo antes que se logre la ejecución de la orden de arresto y multa, el juez de conocimiento deberá abstenerse de librar los oficios de orden de captura, pues al haberse cumplido con la finalidad del incidente de desacato, ha desaparecido el objeto del mismo de la ejecución de la sanción de arresto y se ha superado el hecho de incumplimiento, considerar lo contrario, sería otorgarle a la sanción de arresto dictada en un incidente de desacato un carácter punitivo y asimilarla a una SANCION PENAL., y convertir el

incidente de desacato en un proceso penal preferente y sumario, concepto que a todas luces, resulta reprochable y censurable dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

VI. FACTOR SUBJETIVO O INTENCIONALIDAD DEL AGENTE EN EL TRÁMITE DELINCIDENTE DE DESACATO.

Finalmente debemos tener presente que la Corte Constitucional ha dispuesto que las sanciones impuestas en un incidente de desacato deben tener en cuenta **el factor subjetivo o intencionalidad del agente**, y al configurarse la total ausencia de dolo o culpa, no podría imponerse una sanción de manera simplemente objetiva, pues incluso en materia penal es inaplicable.

Ha expuesto la Corte: “(...) *El desacato consiste en una conducta que, mirada objetivamente por el juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Desde el punto de vista subjetivo, la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de las personas a quienes está dirigido el mandato judicial, lo que significa que éstas deben gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y estar rodeadas de todas las garantías procesales (...)*”. (T-766 de 1998).

De igual forma la Corte en Sentencia T-763 de 1998 concluye que el Incidente de Desacato debe analizar la conducta del respectivo funcionario o particular que debe hacer cumplir el fallo de tutela y que de su incumplimiento pueda derivarse una responsabilidad subjetiva que implique desacato.

Dijo: “(...) **3. Incidente de Desacato y Responsabilidad Subjetiva.** *Es pues, el desacato un ejercicio del poder disciplinario y, por lo mismo, la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. (...)*”.

Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento. Y, si se trata del superior inmediato del funcionario que ha debido cumplir la orden, tratándose de la tutela, adicionalmente ha debido existir una orden requiriéndolo para que hiciera cumplir por el inferior el fallo de tutela, dándosele un término de cuarenta y ocho horas porque así expresamente lo indica el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, el H. Consejo de Estado, ha indicado que la sanción por desacato es una medida disciplinaria que el juez que dictó la orden de tutela impone, siempre que se reúnan dos requisitos: uno objetivo, que refiere al cumplimiento de la orden, y otro subjetivo, que refiere a la culpabilidad de dicho funcionario en la omisión. Como dicha sanción tiene una causa eminentemente subjetiva, no es suficiente verificar sólo el incumplimiento de la orden; es necesario además comprobar que en esa omisión la persona obligada haya incurrido en dolo o culpa

VII. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SOLICITUD DE INAPLICACIÓN Y/O REVOCATORIA DE LA MEDIDA SANCIONATORIA

Con la expedición de la Sentencia SU 0034 del 3 de mayo de 2018, la Honorable Corte Constitucional decidió unificar su Jurisprudencia en torno a la viabilidad en la continuidad de un trámite sancionatorio por Desacato a orden impartida por un Juez de la República en sede constitucional.

Expresamente, el Alto Tribunal Constitucional consideró: “...**Por otro lado, el juzgado mal podía negar el levantamiento de las sanciones con argumentos como que las mismas se encontraban en firme y que el desacato es un dispositivo para castigar al renuente, pues ello desconoce la doctrina desarrollada de forma pacífica por esta Corte en cuanto a que el propósito perseguido por la sanción es conminar al obligado como medio para garantizar el goce efectivo del derecho tutelado mediante sentencia, mas no sancionar por sancionar.**” (Resalto fuera del texto)

Por lo narrado anteriormente, se concluye que la E.P.S. FAMISANAR, ha efectuado actos idóneos para garantizar el cumplimiento del fallo de tutela, sin que se observe que la situación que impide la realización inmediata de los mismos sea atribuible a Famisanar EPS, es decir, no se evidencia actitud rebelde o reticente en atender la orden impartida, lo que de suyo descarta la responsabilidad **subjetiva** ni **objetivo**, por el pago de las incapacidades médicas, para la imposición de una sanción por desacato. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-512 de 2011, señaló:

“(...) Siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que este otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el cumplimiento del fallo de tutela. Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela (...)” (Énfasis añadido)

En conclusión, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 ha establecido que el desacato es el incumplimiento a una orden de un Juez proferida con base en el presente decreto y, teniendo en cuenta que dicha norma tiene por finalidad sancionar a las personas que se rehúsen, sin justa causa a cumplir el fallo de tutela; esta entidad solicitará de manera respetuosa, **cesar o terminar cualquier tipo de procedimiento** iniciado en contra de la EPS, pues como se ha puesto de presente, FAMISANAR EPS ha autorizado los servicios y en ningún momento ha incurrido en conductas dolosas y, aún, ni siquiera culposa, para omitir el cumplimiento del fallo; por el contrario, tal y como se demostró, esta entidad **ha acatado íntegramente la sentencia** proferida, dando **CUMPLIMIENTO** al mandato de tutela. En tal efecto, la Jurisprudencia estableció los criterios necesarios para resolver un trámite incidental:

“al momento de resolver un incidente de desacato, la autoridad judicial debe tomar en consideración si concurren factores objetivos y/o subjetivos determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario.

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” (1 C. Const., Sent. SU-034, may. 3/2018. M.P. Alberto Rojas Ríos) (*Negrillas fuera del texto original*)

Respecto del objeto del trámite incidental por cumplimiento al fallo de tutela, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de incidente de desacato, y en particular lo considerado en el Auto 202 de 2013, que al respecto señaló:

*“(...) 43. Bajo tal óptica, y descendiendo a la aplicación del Auto 110 de 2013, la Sala precisa que (i) aunque la figura del cumplimiento es de carácter principal y oficioso, al aplicarla el juez debe tener en cuenta los plazos concedidos en el Auto 110 de 2013; (ii) para imponer sanciones en el trámite incidental de desacato, el juez debe identificar las obligaciones que le atañen a cada entidad en arreglo a la legislación y a lo dispuesto en el Auto 110 de 2013, y establecer la responsabilidad subjetiva del obligado, verificando que el desobedecimiento de la orden de tutela sea producto de una conducta caprichosa o negligente del incidentado; (iii) corresponde al accionado informar al juez las medidas desarrolladas para alcanzar la satisfacción del fallo, así como las razones precisas que en el caso concreto han impedido el cumplimiento de la orden de tutela, evitando justificaciones vagas o genéricas que no tengan relación con la situación específica del demandante y; (iv) en **el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se materialice la multa o el arresto, cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que ya se hubieren ejecutado (...)**”*

La Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 12 de agosto de 2015 indica lo siguiente:

“En efecto, y tal como lo informó el aludido Despacho después de emitida la sanción y haberse confirmado la misma en el grado de consulta, la incidentada, aquí tutelante, allegó el día 24 de abril de los corrientes una solicitud con miras a que no se hiciera efectiva la referida sanción por haber acatado el fallo constitucional, pero la misma no fue tramitada con el rigor del caso, por cuanto que mediante auto del 11 de mayo siguiente se negó lo pedido, con fundamento en que se cumplió con todas la etapas necesarias del incidente, sin detenerse a analizar los soportes que supuestamente daban fe del cumplimiento, a espaldas de la jurisprudencia que sobre el tema ha proferido la Corte Constitucional y esta Corporación.

Al respecto en caso de idéntica situación fáctica a que aquí se estudia, esta Sala sostuvo que:

El funcionario querellado incurrió en vía de hecho (...) porque (...) se alejó del reiterado criterio de esta Sala, relacionando con la posibilidad de revocar los correctivos impuestos en un trámite de desacato cuando el obedecimiento del mando tutelar ha tenido lugar incluso después de confirmarse las sanciones en sede consulta.

Justamente, la Corte ha insistido en que el fin primordial de la actuación incidental es obtener el cumplimiento del precepto tutelar, no solamente la imposición de la sanción consagrada el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, (CSJ STC, 11.abr. 2014, Rad. 00671-00, reiterada en STC 9103-2015)

Por tanto, bajo tal sendero hermenéutico, no era posible que el juzgado municipal convocado no se pronunciara de fondo con sustento en que la sanción se encontraba ejecutoriada, pues los procedentes era que atendiendo la reiterada jurisprudencia que existe al respecto, procediera a decidir si era viable o no dejar sin efecto las sanciones.

Colorario de lo expuesto, se impone revocar el fallo de primera instancia, para que el juez municipal accionado se pronuncie nuevamente acerca de la petición elevada por la tutelante, teniendo en cuenta las pruebas por ésta y siguiendo los lineamientos expuesto en la presente providencia, para que así determine la posibilidad de levantar la sanción que le fue impuesta (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Álvaro Fernando García Restrepo STC 10722 -2015 Radicado: 76001-22-03-000-2015-00403-01 del 12 de Agosto de 2015.)

Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, mediante providencia de fecha 26 de noviembre de 2015 (Rad. 63001-22-14-000-2015-00260-01), con ponencia de la magistrada Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO, al resolver una vía de hecho consideró:

*“8...de lo incorporado en el plenario se denota que la suplicante en su calidad de Directora Seccional Armenia de Entidad Promotora de Salud – Saludcoop-, **después de que el ad-quem encartado confirmara el auto sancionatorio de 6 de agosto de 2015, cumplió con la orden que emitió el accionado...actuación que a pesar de su tardía expedición, conlleva a derrumbar la “sanción” impuesta.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

Así, en la sentencia proferida el veinticuatro (24) de octubre del año anterior (Exp 2012-00403-01), la aludida Corporación, al resolver la acción de tutela promovida por la gerente de la regional Occidente de SALUDCOOP EPS, concluyó lo siguiente:

“No obstante, bajo el entendimiento que sobre el particular proporciona la doctrina constitucional en cuanto a 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”, **no puede desconocerse dentro de la presente acción, que la reclamante junto con la solicitud de protección aportó una autorización** del “tratamiento cognitivo comportamental de metodología tipo ABA” cuya negativa dio origen a la tramitación incidental.”

Ante una situación como la registrada, esto es, cuando “el accionante aun cuando ~~empíricamente~~ acató el referido fallo”, esta Corporación debe imponer la misma sanción dispuesta en otras oportunidades para casos de similares características al que ahora se analiza, vale decir, que ‘dejará sin efectos las sanciones que le fueron impuestas por el juzgado, pues el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió’”. (subrayado fuera del texto)

Con tal decisión la Corte Suprema dejó en claro que más allá de que se hubiese agotado el trámite incidental y confirmado la sanción a través del trámite de consulta, ello no obsta para que, al constatarse el acatamiento, incluso en un escenario posterior y excepcional como lo es el de la acción de tutela, se puedan dejar sin efecto las sanciones.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, el H. Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de agosto de 2009, con ponencia de la magistrada Martha Teresa Briceño de Valencia, al resolver la consulta de un incidente de desacato sometido a su consideración (Exp. 25000-23-15-000-2009-90097-01 -AC-), decidió revocar la sanción inicialmente impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “B”, en contra del director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, en la medida en que pudo constatar que, con posterioridad a la decisión sancionatoria de primera instancia, se había dado cumplimiento al fallo de tutela.

En la mencionada sentencia el Consejo de Estado indicó:

” Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que el fallo origen del presente incidente de desacato se ha venido cumpliendo, toda vez que según se advierte del mencionado informe, posterior a la decisión sancionatoria le ha sido entregados al actor, en calidad de prórroga, dinero por concepto del componente de alojamiento. Así mismo, el actor y su grupo familiar han recibido en tres oportunidades mercados, con el fin de suplir sus necesidades más urgentes de alimentación.

(...) Por lo expuesto, la Sala considera que durante el trámite de la presente consulta se verificó que la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional cumplió con la orden impartida en el fallo de 20 de febrero de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “B” y en ese orden de ideas, no existe fundamento para imponer sanción por desacato al director de dicha entidad.

“Coherentemente, se impone revocar la providencia objeto de consulta, por encontrarse acreditado que el demandado acató la orden de tutela.”

Por otro lado, es preciso citar la sentencia T-271 de 2015, proferida por la misma Corporación quien manifestó:

*“(…) Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que por razones muy excepcionales el juez que resuelve el incidente de desacato, **con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir***

órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden inicial, siempre que se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada, señalando los lineamientos que han de seguirse para tal efecto:

“(1) **La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden**, en sus aspectos accidentales, bien porque:
(c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir (...)”
(Negrillas fuera de texto).

En este caso, es perfectamente factible, entonces, que su señoría, como instancia de origen quien conserva las facultades para decidir, realice la correspondiente valoración probatoria para constatar el cumplimiento que la entidad ha dado a la orden, y determine la revocatoria e inaplicación de las sanciones y el cierre de la actuación.

Es de recordar que el objeto del desacato en la acción de tutela está definido desde el punto de vista objetivo y subjetivo, objetivamente el juez estudia la conducta que implica que una orden de tutela no ha sido cumplida y desde el punto de vista subjetivo se debe mirar que la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, es decir en cabeza de las personas a quienes está dirigido el mandato judicial, lo que significa que estas deben gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y estar rodeadas de todas las garantías procesales, por esto la finalidad del desacato no es la sanción en sí misma, sino una forma de lograr que los derechos fundamentales que ha sido tutelados sean garantizados efectivamente.

VIII. PETICION

PRIMERO: Con base en todo lo expuesto solicito al Despacho comedidamente **INAPLICAR y/o REVOCAR** la ORDEN DE MULTA dictada, y, como consecuencia de ello se ordene el archivo definitivo del expediente, teniendo en cuenta que la orden de MULTA NO cuenta con asidero jurídico para mantenerla vigente, pues se ha cumplido con la orden constitucional, encontrándonos así; ante una **IMPOSIBILIDAD MATERIAL**.

SEGUNDO: Que se declare la **NULIDAD** del trámite adelantando dado que la EPS ha realizado todas las gestiones necesarias para garantizar, el cumplimiento al fallo de tutela, teniendo presente, que se presenta una falta de legitimidad en la causa por pasiva y una indebida notificación.

TERCERO: Se tenga en consideración los argumentos esbozados por la EPS en lo pertinente a dar cumplimiento por lo ordenado por el despacho, ya que como la Honorable Corte lo ha manifestado, no es solamente el incumplimiento por lo que se debe sancionar, sino que se debe tener en cuenta todas las actuaciones que se realizan por parte de mi representada para poder dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela.

CUARTO: Por lo sustentado durante la presente misiva, solicito a su H. Despacho, declarar la **NULIDAD** de las sanciones impuestas a la suscrita, por la flagrante vulneración al debido proceso y derecho de defensa, y en consecuencia se **DEJEN SIN VALOR Y EFECTO** los correctivos impuestos, por desacato al fallo de tutela.

PETICIÓN SUBSIDIARIA

En caso de no acceder a la petición principal, solicitamos **SUSPENDER LA SANCION** teniendo en cuenta que, desde la EPS se ha demostrado toda la intención de cumplir con lo ordenado, como bien se ha informado, a la usuaria se le reconocieron las incapacidades que dieron lugar en su momento y que fueron ordenadas por el juez de tutela, adicional, es menester precisar que la ACCIONANTE se encuentra en trámite de reconocimiento de pensión por invalidez y Famisanar EPS NO puede generar doble pago a cargo de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, señalando que la accionante al momento del reconocimiento de pensión, el FONDO DE PENSIONES "COLPENSIONES" realizará el pago retroactivo de la pensión teniendo en cuenta la fecha en que la usuaria causó la pensión de invalidez, esto desde la fecha de estructuración siendo esta el **primero (1) de junio de 2021**.

IX. PRUEBAS Y ANEXOS

Me permito allegar como pruebas los siguientes documentos:

ANEXO 1- Copia simple de Dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

ANEXO 2- Copia simple de Dictamen emitido por EPS FAMISANAR SAS.

ANEXO 3- Copia simple de Constancia de ejecutoria o firmeza de dictamen de PCL.

ANEXO 4- Copia simple de notificación de PCL emitida por Famisanar a Colpensiones.

X. NOTIFICACIONES

La EPS recibe notificaciones en la Carrera 22 No. 168 – 84. Teléfono: 6500200 ext. 365 de la ciudad de Bogotá D.C. y en el correo electrónico notificaciones@famisanar.com.co

Cordialmente,

A handwritten signature in red ink, appearing to read "JANETH ESTELA DIAZ BURBANO".

JANETH ESTELA DIAZ BURBANO

Gerente Zonal Alto Magdalena

EPS FAMISANAR S.A.S

Proyectó: Marian González T.

Rad. 59333