**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-005-2014-00619-00

**Referencia:** Incidente de Desacato

**Accionante:** Maricel Álvarez en representación de Jhon Alexander Ortiz Álvarez

**Accionado:** Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacionaly otro.

**Providencia**: Auto segunda instancia Incidente de Desacato

**Magistrado Ponente**: Issa Rafael Ulloque Toscano

**Tema a Tratar:**

NULIDAD EN INCIDENTE DE DESACATO/ No es posible sancionar al funcionario que fue relevado de su cargo

“(…) desde el 26 de noviembre de la anualidad anterior, el doctor Javier Andrés Correa Quiceno ya no funge como Presidente y/o Representante Legal de la incidentada, por lo tanto, mal podría ser sancionado en la actualidad por el incumplimiento al fallo de tutela emitido el 24 de octubre de 2014 en contra de CAFESALUD EPS-S.

(…) para la fecha en que se dispuso abrir formalmente el incidente -2 de diciembre de 2015- ya se había realizado el cambio de representación legal anteriormente detallado, por lo que dicho acto, así como la sanción que se revisa no se ajustan al debido proceso (…) razón por la cual no queda otra alternativa a la Sala, que la declaración de nulidad (…)”

Pereira, febrero quince (15) de dos mil dieciséis (2016).

Acta número \_\_\_ de 15 de febrero de 2016.

Dentro del término estipulado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, procede esta Colegiatura a emitir la decisión correspondiente dentro del trámite de consulta de la sanción, que mediante auto de 26 de enero de 2016 impuso el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira a los doctores Victoria Eugenia Aristizabal**,** Directora Regional**,** y Javier Andrés Correa Quiceno**,** Presidente de **CAFESALUD EPS-S.**

Previamente la Sala integrada por el suscrito ponente y los restantes Magistrados, aprobó el proyecto elaborado, donde se consigna el siguiente

**AUTO:**

**ANTECEDENTES**

 El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante fallo del 28 de octubre de 2014, amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor JHON ALEXANDER ORTIZ ALVAREZ, y ordenó a CAFESALUD EPS-S disponer lo necesario para que el menor fuera atendido por el médico general quien determinaría la necesidad del suministro de pañales, indicando cantidad, talla y periodicidad de entrega de los mismos, los cuales debían ser suministrados integralmente, dada la incapacidad del demandante para desplazarse y valerse por sí mismo.

La accionante, mediante al escrito visible a folios 16 y s.s., informó al Despacho que CAFESALUD EPS-S ha incumplido el fallo de tutela, pues a pesar de existe orden para reclamar los pañales por un lapso de 6 meses, cada vez que acude a la entidad para la entrega, no dan razón del por qué no se han suministrado.

En consecuencia, se inició el respectivo trámite, el cual culminó con la sanción pecuniaria de tres (3) SMLMV y privación de la libertad por tres (3) días, en contra de los doctores Victoria Eugenia Valencia Aristizabal Marulanda y Javier Andrés Correa Quiceno, quienes fungen en su orden como Directora Regional de la EPS-S y Presidente.

Al tenor de lo normado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, se envió el expediente a esta Corporación a efecto de que se cumpla aquí, por vía de consulta, el control de legalidad de dicha sanción.

**CONSIDERACIONES**

La pretensión de quien acciona en tutela ha de dirigirse, fundamentalmente, según el artículo 86 de la Constitución, a obtener una orden judicial que ampare o haga efectivo el goce de un derecho fundamental que ha sido vulnerado o amenazado.

Producida dicha orden, la aspiración queda colmada y su desacato por el obligado genera una situación de conflicto jurídico que obliga al juez constitucional de primer grado a hacer prevalecer la vigencia y efectividad de la orden impartida, la seriedad y majestad de la justicia y la obligatoriedad en el acatamiento de las decisiones judiciales.

 En efecto, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece un procedimiento especial aplicable al específico caso en él contemplado, en cuanto dispone que la persona que incumpla una orden judicial proferida dentro del trámite de un proceso de tutela puede ser sancionada por el mismo juez mediante trámite incidental, consistente en arresto hasta de seis (6) meses y multa de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que se hubiera señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

 Al revisar la constitucionalidad de la referida disposición legal, pregonó la H. Corte Constitucional:

 “a) En primer lugar, resalta la Corte que el artículo 52, parcialmente demandado de inexequibilidad, se refiere a una conducta denominada por el legislador “desacato”, que consiste en incumplir cualquier orden proferida por el juez con base en las facultades que se le otorgan dentro del trámite de la acción de tutela y con ocasión de la misma; dicha orden puede estar contenida en un auto emanado del juez, v.gr. en un auto que ordena pruebas. La facultad del juez de imponer la sanción por el incumplimiento de tal orden, debe entenderse inmersa dentro del contexto de sus poderes disciplinarios, asimilables a los que le concede al juez civil el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil.

 (....)

 Ahora bien, el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991, inmediatamente siguiente al que es objeto de la presente demanda, se refiere específicamente al incumplimiento del fallo de tutela, conducta que, al tenor de dicho precepto puede llegar a tipificar el delito de “fraude a resolución judicial ...”

 Los artículos 52 y 53 reseñados son concordantes con el 27 del mismo decreto 2591 de 1991, que se refiere específicamente al cumplimiento del fallopor parte de la autoridad responsable del agravio a los derechos fundamentales y que autoriza al juez para sancionar por desacatoa la persona responsable y eventualmente cumplidos los supuestos que para ello se señalan en la norma, también al superior de aquella.

 Conforme a lo expuesto, se concluye que el sujeto de una acción de desacato es una persona específica o puntual, esto es, la persona responsable del agravio a los derechos fundamentales, concepto que trasciende la propia persona jurídica o entidad de derecho público que usualmente es la accionada en tutela.

 Desde luego que la mayoría de las veces los incumplimientos a las órdenes emitidas en el curso de la acción constitucional de tutela, obedecen a razones institucionales, que no personales del encargado a cumplirlas, empero, la comunicabilidad de la responsabilidad del ente hacia su funcionario, no puede ser a despecho de los más elementales derechos constitucionales fundamentales, pues, resultaría que en la búsqueda de la protección de unos, se infringiría impunemente los derechos de otro sujeto.

En este marco de ideas, la garantía a un debido proceso, núcleo a su vez de otros derechos fundamentales no menos trascendentales como el de defensa, contradicción, publicidad, etc. (art. 29 superior), no estaría plenamente satisfecho si sus reglas rectoras no se cumplieran tanto dentro del trámite de la acción de tutela como en el incidente de desacato y bajo el respeto a la autonomía que cada uno posee en el contexto de la defensa de los derechos fundamentales.

 Así las cosas, para vincular al trámite incidental al funcionario o al particular renuente, debe comunicársele que se ha promovido incidente de desacato y requerirlo para que inmediatamente informe sobre el cumplimiento de la respectiva decisión judicial o exprese las causas justificativas para no haberlo hecho, si dentro de las 48 horas siguientes no ha dado el cumplimiento se debe requerir al superior jerárquico para que lo obligue a cumplirla, sin perjuicio del deber de ordenar la correspondiente investigación disciplinaria contra aquél y, en caso de no obtenerse el cumplimiento, el Juez procederá a adelantar contra el superior la acción correccional correspondiente y adoptará, directamente, todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

Conforme lo expuesto, el incidente de desacato es el escenario adecuado en orden a que se le rodeen al sancionado de todas las garantías emanadas del núcleo central que compone el derecho constitucional a un debido proceso.

Por lo tanto, la iniciación del incidente de desacato, presupone necesariamente, que a él se hubiere llevado: ***i)*** copia de la actuación o de la sentencia emitida en la acción de tutela de que se trata, ***ii)*** que dentro de la actuación o en la sentencia se imponga una orden a cumplir por un sujeto determinado ***iii)*** la individualización del sujeto y la verificación de la notificación de que éste recibió la orden emitida en su contra, ***iv)*** constatación del plazo o condiciones otorgados y su vencimiento sin que se haya cumplido.

**CASO CONCRETO**

En el sub-lite, se tiene que a través de la sentencia de tutela, el Juzgado de primer grado dio una orden clara a CAFESALUD EPS-S para que al menor Jhon Alexander Ortiz Álvarez se le entregarán unos pañales, conforme a lo determinado por el médico general. La entidad ha estado renuente al cumplimiento pleno de la sentencia de tutela, pues pese a haber autorizado los mismos no ha efectuado su entrega.

Según se indicó anteriormente, la accionante informó al juzgado de primera instancia acerca del incumplimiento de la sentencia, Despacho que conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, mediante proveído de 30 de octubre de 2015, requirió a la funcionaria renuente como a su superior jerárquico, doctor Javier Andrés Correa Quiceno (fls. 57 y s.s.) quienes optaron por guardar silencio, por lo que mediante auto de 2 de diciembre siguiente, dispuso la apertura del incidente de desacato en su contra, corriéndole traslado para ejercer su derecho de defensa (fls. 70 a 76), término que también transcurrió en silencio.

Surtido el procedimiento anterior, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, mediante auto adiado 26 de enero de 2016 *–fl. 83 y s.s. del cuaderno de primer grado-,* impuso la sanción que ahora se revisa, sin embargo, para esta calenda, conforme lo informado por la doctora Victoria Eugenia Aristizabal Marulanda, administradora de la agencia de CAFESALUD EPS-S en esta ciudad *–fls. 7 y s.s. del cuaderno 2-*y la constancia realizada por la Abogada Asesora de esta Despacho –*fl.13 del cuaderno 2-*, desde el 26 de noviembre de la anualidad anterior, el doctor Javier Andrés Correa Quiceno ya no funge como Presidente y/o Representante Legal de la incidentada, por lo tanto, mal podría ser sancionado en la actualidad por el incumplimiento al fallo de tutela emitido el 24 de octubre de 2014 en contra de CAFESALUD EPS-S.

Así las cosas, se advierte que si bien el requerimiento efectuado para obtener el cumplimiento del fallo fue efectuado a los funcionarios correspondientes, para la fecha en que se dispuso abrir formalmente el incidente *-2 de diciembre de 2015-* ya se había realizado el cambio de representación legal anteriormente detallado, por lo que dicho acto, así como la sanción que se revisa no se ajustan al debido proceso que en los albores de esta providencia se explicó, razón por la cual no queda otra alternativa a la Sala, que la declaración de nulidad que afectará toda la actuación surtida a partir del proveído de 30 de octubre de 2015, inclusive, sin perjuicio de la competencia que el juez de tutela conserva hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

 En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,**

**RESUELVE:**

 **PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la actuación adelantada a propósito de la solicitud de apertura de incidente de desacato, promovida por la señora MARICEL ÁLVAREZ quien actúa en calidad de representante legal del menor JHON ALEXANDER ORTIZ ALVAREZ en contra de CAFESALUD EPS-S**,** sin perjuicio de que la jueza constitucional conserve la competencia hasta que sea restablecido completamente el derecho o cesen las causas de la amenaza (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991). Para el efecto, deberá reanudar la actuación, notificando al funcionario encargado de acatar la orden, el requerimiento de que trata el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

 **SEGUNDO: COMUNICAR** a los interesados en la forma prevista por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

 **TERCERO: DEVOLVER** la actuación al despacho de origen para lo de su cargo.

 Notifíquese y cúmplase.

 **ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**LEONARDO CORTES PÉREZ**

Secretario