SANCIÓN POR DESACATO/ Cumplimiento del fallo en sede de consulta deja sin fundamento la sanción impuesta en primera instancia

“(…) no existe orden médica que disponga que la paciente agenciada requiere de atención de enfermería en su hogar, además de ello, informó que en aras de satisfacer la pretensión de la nieta de la actora se le solicitó a la IPS Cuidarte tu salud S.A.S., que junto con el médico tratante de la señora Tabares revisaran el caso y dieran su concepto frente al tema, lo que dio como resultado que ella no requería de ese servicio, puesto que a pesar de su situación de salud ella no tiene actividades instrumentales que deban ser realizadas por personal técnico, por ende sus cuidados giran en torno a la asistencia en actividades de la cotidianidad, actas para ser realizadas por el cuidador familiar.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias C-243 de 1996, T-763 de 1998, T-188 y T-190 de 2002.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO**

Pereira, miércoles tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 11:30 a.m.

Aprobado por Acta No. 684

*Radicación*: *66001-31-04-005-2015-00050-01*

*Accionante*: *María Tabares de Marulanda*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 3 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la agente oficiosa de la señora **MARÍA TABARES DE MARULANDA** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora Melissa Catalina actuando en calidad de agente oficiosa de su abuela la señora María Tabares interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para su derecho fundamental a la salud toda vez esa entidad se negaba a suministrarle los pañales desechables que le fueran ordenados por el médico tratante dadas sus condiciones de salud, al igual que se niegan a prestarle el servicio de enfermería las 24 horas del día para su cuidado y manejo, teniendo en cuenta sus condiciones de salud que le impiden valerse por sí sola.

Mediante fallo del 27 de marzo del 2015, el Juez Quinto Penal del Circuito local tuteló los derechos fundamentales reclamados por la señora Tabares de Marulanda, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS, suministrarle a la paciente los pañales desechables ordenados por el médico tratante en la cantidad y con la periodicidad que aquel disponga. Adicionalmente, le dio cinco días para que allegara el concepto médico respecto a pertinencia y necesidad del servicio de enfermería domiciliaria para la paciente.

El día 28 de marzo de 2016, la agente oficiosa de la accionante presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato toda vez que la entidad no había autorizado el servicio de enfermería para su abuela a pesar del tiempo transcurrido, razón por la cual el Juzgado de conocimiento, procedió mediante auto del día siguiente a requerir a la Gerente Regional de la Nueva EPS Dra. María Lorena Serna Montoya para que informara las razones por las cuáles aún no se daba cumplimiento a la orden de tutela.

Al no obtener respuesta alguna, el 11 de abril de 2016 el A-quo procedió a requerir nuevamente a la funcionaria mencionada atrás y además a su superior jerárquico, esto es al Dr. José Fernando Cardona, Presidente de La Nueva EPS.

Mediante oficioso arrimado al Despacho el 19 de abril de 2016, La Nueva EPS informó que a la señora María Tabares se le vienen suministrando todos los servicios de salud que ha venido requiriendo de acuerdo a lo ordenado por su médico tratante; frente al tema del servicio de enfermería domiciliaria para su atención, señaló que hasta el momento ningún galeno ha ordenado tal cosa ya que sus patologías no lo ameritan pues sus cuidados diarios básicos deben ser brindados por la familia ya que no tiene ninguna actividad que requiera un conocimiento técnico o especializado como para que se necesario bridarle tal atención.

Insatisfecho con lo anterior, mediante auto del 19 de abril de 2016 el señor Juez Quinto Penal del Circuito local decidió dar apertura formal del incidente de desacato en contra de la Gerente Regional de La Nueva EPS Dra. María Lorena Serna Montoya y en contra del Dr. José Fernando Cardona Uribe, Presidente de esa misma EPS, decisión que les fuera notificada mediante oficios.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 3 de mayo de 2016, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la Doctora María Lorena Serna Montoya, Gerente Regional de la Nueva EPS, y al Presidente de esa misma entidad Dr. José Fernando Cardona Uribe, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 27 de marzo de 2015 y ordenó la consulta de la decisión que hoy ocupa la atención de la Magistratura.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia:**

La Sala se encuentra funcionalmente habilitada para revisar y decidir sobre la juridicidad de esta decisión, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema Jurídico Planteado:**

Le corresponde determinar a esta Corporación si la providencia consultada se encuentra ajustada a derecho, para lo cual debe establecer si la entidad accionada incurrió en desacato y en caso afirmativo proceder de conformidad.

**3. Del caso concreto:**

A efecto de dirimir el problema materia de estudio, es necesario hacer alusión a las figuras jurídicas del Desacato, la Sanción y su Consulta, contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece un mecanismo disuasivo que impone a la parte demandada en sede de tutela, el deber de dar cumplimiento íntegro al fallo proferido por razón de la misma, para que lo resuelto no se quede en el limbo, pues en el evento de que la orden no sea atendida, el funcionario constitucional de conocimiento tiene la potestad de imponer las sanciones estipuladas en la ley. Al respecto ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

*“El cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un procedimiento para cuando los fallos tomados en uso de esa acción ciudadana los jueces puedan hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz… [[1]](#footnote-1)*

 *…el juez encargado de hacer cumplir el fallo podrá (así lo indica el Decreto 2591/91, art.27) sancionar por desacato. Es pues una facultad optativa muy diferente al cumplimiento del fallo y que en ningún momento es supletoria de la competencia para la efectividad de la orden de tutela. Pueden, pues, coexistir al mismo tiempo el cumplimiento de la orden y el tramite del desacato, pero no se pueden confundir el uno (cumplimiento del fallo) con el otro (el trámite de desacato)" [[2]](#footnote-2).*

En lo correspondiente a los límites, deberes y facultades del juez de primera instancia, el cual está obligado a hacer cumplir la sentencia de tutela y sancionar su desobediencia, ha indicado:

*“(…) el objeto del incidente de desacato es “sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo”. En otras palabras, el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado. Así, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la persona obligada ha decidido no acatarla…*

*Respecto a los límites, deberes y facultades del juez de tutela que conoce del incidente de desacato y en virtud de lo que hasta ahora ha sido señalado, debe reiterarse que el ámbito de acción del juez está definido por la parte resolutiva del fallo correspondiente. Por lo tanto, es su deber verificar: (1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) 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)[[3]](#footnote-3).*

*Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado 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. Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada - proporcionada y razonable- a los hechos.*

*Al momento de evaluar si existió o no el desacato, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales deben estar siempre avaladas por la buena fe de la persona obligada. En este sentido, conviene recordar que la Corte ya ha señalado que no se puede imponer una sanción por desacato: (i) cuando la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso-; (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (…)”*[[4]](#footnote-4)

El incidente de desacato es entonces, el procedimiento ágil para hacer efectivos los derechos reconocidos y protegidos a través de la tutela, mediante la amenaza de una sanción en caso de renuencia del accionado a acatar la decisión, y su trámite debe respetar ante todo el derecho de defensa y la presunción de inocencia del incidentado. Igualmente debe demostrarse en dicho incidente la desobediencia de la persona al cumplimiento de la sentencia, sin poderse presumir la responsabilidad.

La decisión del juez de tutela cuando conlleva la imposición de una sanción debe ser consultada ante su superior funcional, lo que indica que ésta no puede ser ejecutada hasta tanto exista un pronunciamiento de segundo grado que verifique la legalidad y legitimidad de la misma y consolide la aniquilación de la presunción de inocencia a través de la comprobación de la responsabilidad en cabeza del funcionario sancionado.

Sobre este punto ha fijado su criterio la Corte Constitucional:

*“(…) La correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, parcialmente demandado de inexequibilidad, no puede ser otro que el que se deduce de su tenor literal y del sentido natural y obvio de sus palabras: es decir, consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación. Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad (…)”* [[5]](#footnote-5).

De allí, en el presente asunto se tiene que el Juez de primer grado, tuteló el derecho fundamental a la salud de la señora María Tabares y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, revisar su caso y establecer con los galenos si en su caso requiere o no servicio y acompañamiento de enfermera de manera permanente.

La decisión prealudida está calendada el 27 de marzo de 2015, pero a pesar de ello, 28 de marzo de 2016, esto es un año después, la agente oficiosa de la titular del derecho, informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo, puesto que a pesar del tiempo transcurrido aun no le brindaban a su abuela el servicio de enfermera domiciliaria para su atención, razón por la cual el señor Juez de conocimiento decidió iniciar el respectivo incidente, sin obtener explicación satisfactoria por parte de la entidad accionada.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 3 de mayo de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. María Lorena Serna Montoya Gerente Regional de la Nueva EPS en la ciudad de Pereira, y al Dr. José Fernando Cardona Uribe, Presidente de esa misma entidad, decisión que les fuera notificada mediante oficio.

Finalmente, la Apoderada Judicial de la Nueva EPS, solicita se revoque la sanción impuesta por el juez de primer nivel toda vez que como ya se le había explicado a él en su momento oportuno, no existe orden médica que disponga que la paciente agenciada requiere de atención de enfermería en su hogar, además de ello, informó que en aras de satisfacer la pretensión de la nieta de la actora se le solicitó a la IPS Cuidarte tu salud S.A.S., que junto con el médico tratante de la señora Tabares revisaran el caso y dieran su concepto frente al tema, lo que dio como resultado que ella no requería de ese servicio, puesto que a pesar de su situación de salud ella no tiene actividades instrumentales que deban ser realizadas por personal técnico, por ende sus cuidados giran en torno a la asistencia en actividades de la cotidianidad, actas para ser realizadas por el cuidador familiar (fl.89).

Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del trámite incidental de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción, especialmente cuando no es claro que la entidad sancionada haya incumplido el mandamiento judicial.

Por tanto, al no existir una orden médica y con lo conceptuado por el médico tratante y la entidad que presta para la accionada los servicios de atención domiciliaria, se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, en lo que respecta a ese asunto por parte de los funcionarios sancionados; por tanto, es de justicia abstenerse de imponerles cualquier tipo de sanción y por contera la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición y que no fueron muy claros, fueron desnaturalizados con la actividad de la Nueva EPS.

Como asunto aparte, quiere la Sala llamar la atención de la agente oficiosa de la señora Tabares para que tenga en cuenta que a pesar de que ella y sus familiares consideren que su abuela debe ser cuidada por una enfermera que la atienda y le ayude con sus actividades diarias, es necesario que tenga en cuenta a futuro, que ese tipo de prestaciones, como tantas veces se lo ha indicado la EPS, no hacen parte del plan obligatorio de salud, y si bien es una realidad que la judicatura ha ordenado que tal servicio le sea presado a ciertas personas, ello se ha dado con base en criterios técnicos y médicos que dejan claro que el paciente requiere de ese tipo de cuidados, sin embargo, igualmente se exige un acompañamiento de la familia pues es ella la primera llamada a prestarle atención y cuidado al enfermo, especialmente para la realización de sus actividades básicas diarias como el baño, cambio de pañales, alimentación no medicalizada, entre otras, que son fundamentales para garantizar su recuperación o por lo menos que tenga una existencia digna. Situaciones que en este caso particular no se han dado y que por ello no fueron ordenadas en el fallo de tutela, a pesar de que se le haya ordenado a la Nueva EPS revisar el caso y determinar con base en un concepto técnico, si la paciente necesita o no ese servicio, el cual como ya se indicó, se realizó determinando que no lo requiere.

En mérito de lo discurrido, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 3 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de local a la **DOCTORA MARÍA LORENA SERNA MONTOYA,** GERENTE DE LA NUEVA EPS EN LA CIUDAD DE PEREIRA,y al **DR. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE,** PRESIDENTE DE ESA MISMA ENTIDAD**,**  acorde con lo motivado en precedencia.

Devolver la actuación al Juzgado de origen, para los fines consiguientes.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

1. T-190 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. T-763 de 1998 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-553 de 2002 y T-368de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias T-188 de 2002, T-368 de 2005 y T-1113 de 2005. La Sala Cuarta de Revisión concedió a la actora la protección invocada; por consiguiente dispuso que el Juez de primera instancia accionado, encargado de hacer cumplir el fallo, fallaría nuevamente el incidente de desacato *“atendiendo a los criterios constitucionales expuestos en la presente providencia”,* sin perjuicio de su deber de hacer cumplir la decisión, de todas maneras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-243 de 1996 [↑](#footnote-ref-5)