**DESACATO / FINALIDAD / CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN JUDICIAL / REQUERIMIENTO PREVIO DE CUMPLIMIENTO / REVOCA SANCIÓN /** “Finalmente, el 15 de Diciembre de 2015 la Representante Judicial de la NUEVA EPS allegó verificación del sistema de salud de la entidad, en el cual se evidencia la autorización de los pañales talla L tipo pants, cantidad 90 pañales mensuales autorizados para vigencia de 3 meses: Noviembre 2015, Diciembre 2015 y Enero 2016. Adicionalmente, en los documentos aportados se menciona que se notificó al agente oficioso del accionante en la Kr 9 Bis # 40b-20 de Pereira, manifestándole que los pañales desechables se encuentran autorizados desde el 15 de Octubre del 2015.”

**Citación jurisprudencial:** T-190 de 2002. / T-763 de 1998. / Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. / Sentencias T-188 de 2002, y T-1113 de 2005. /

**---------------------------------------------------------------------**

**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, doce (12) septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 9:30 a.m.

Aprobado por Acta No. 817

*Radicación*: *66001-31-04-005-2015-00048-01*

*Accionante*: *Fabio Gonzáles Arango*

*Accionado*: *Nueva EPS*

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

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 9 de Diciembre de 2015 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, en el trámite del incidente de desacato solicitado por el agente oficioso del señor **FABIO GONZÁLES ARANGO** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

El señor FREDY PULGARÍN VALENCIA actuando en calidad de agente oficioso del señor FABIO GONZÁLES ARANGO interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para sus derechos fundamentales, toda vez que su agenciado cuenta con 82 años de edad, padece de Hipertensión, Parkinson y Demencia Senil, situaciones que le impiden el poder valerse por sí mismo puesto que necesita la ayuda de otras personas. En el escrito de tutela se solicitó medida cautelar y protección integral del señor GONZÁLES ARANGO por doscientos setenta (270) pañales talla L. para un término de duración de tres meses, de acuerdo a lo ordenado médico Darío Andrés Carmona Velásquez.

Mediante fallo del 25 de Marzo del 2015, el Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira tuteló el derecho fundamental a la salud del señor FABIO GONZÁLES ARANGO, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS que en el término de 48 horas a la notificación del fallo, suministrara los pañales ordenados por el médico tratante, de igual manera aclaró que la formulación del 10 de Febrero del 2015 conserva vigencia y que la entrega de los pañales se hará de forma sucesiva mientras persistan las prescripciones. El fallo de tutela se notificó mediante oficio a la entidad accionada y por correo electrónico al agente oficioso del accionante.

El día 26 de Octubre de 2015, el agente oficioso del accionante presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato, toda vez que la entidad accionada había incumplido el fallo de tutela ya referenciado.

En vista del oficio allegado por el accionante, el 28 de Octubre de 2015 el Juez de conocimiento emite el requerimiento previo de desacato, ordenando oficiar a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional de la NUEVA EPS.

El 13 de Noviembre del 2015 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira emitió Requerimiento al Superior Jerárquico, oficiando a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional y a su superior jerárquico, el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la NUEVA EPS.

El Juzgado de conocimiento procedió mediante auto del día 24 de Noviembre de 2015 a abrir formalmente el incidente de desacato en contra de la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente Regional de la NUEVA EPS y su superior jerárquico el Dr. JOSE FERNANDO CARDONA URIBE quien fuera el Presidente de la misma entidad, decisión que les fuera notificada mediante oficios.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 9 de Diciembre de 2015, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la Doctora MARIA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional de la NUEVA EPS, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 28 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 del señor FABIO GONZÁLES ARANGO y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, suministrar los pañales ordenados por el médico tratante, señalando que la formulación del 10 de Febrero del 2015 conservaba su vigencia y que la entrega de tales implementos se hará de forma sucesiva mientras persistan las prescripciones médicas.

La decisión prealudida está calendada el 25 de Marzo de 2015, pero a pesar de ello, el 26 de Octubre de 2015 el agente oficioso del titular del derecho informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo el fallo de tutela, razón por la cual el Juez de conocimiento realizó los requerimientos previos, pero al perpetuarse el silencio de la entidad accionada se ofició al superior jerárquico y finalmente se decidió iniciar el respectivo incidente de desacato, sin obtener explicación alguna por parte de la entidad accionada.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 9 de Diciembre de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional de la NUEVA EPS con 3 días de arresto y multa equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, decisión que le fuera notificada mediante oficio.

Finalmente, el 15 de Diciembre de 2015 la Representante Judicial de la NUEVA EPS allegó verificación del sistema de salud de la entidad, en el cual se evidencia la autorización de los pañales talla L tipo pants, cantidad 90 pañales mensuales autorizados para vigencia de 3 meses: Noviembre 2015, Diciembre 2015 y Enero 2016. Adicionalmente, en los documentos aportados se menciona que se notificó al agente oficioso del accionante en la Kr 9 Bis # 40b-20 de Pereira, manifestándole que los pañales desechables se encuentran autorizados desde el 15 de Octubre del 2015.

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, inclusive si la entidad accionada en el trámite incidental dio cumplimiento tardío al fallo de tutela.

Por lo tanto, al mediar una constancia elevada por la entidad accionada en la cual se encuentran las autorizaciones de los pañales requeridos por el accionante y una notificación dirigida al agente oficioso del accionante donde igualmente se señala la autorización, se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, en lo que respecta a ese asunto por parte de la funcionaria sancionada; por tanto, es de justicia abstenerse de imponer 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, fueron desnaturalizados por el actuar de la Representante Judicial de la NUEVA EPS con los documentos que presentó.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 9 de Diciembre de 2015 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira a la **DOCTORA MARÍA LORENA SERNA MONTOYA** en su calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS**,** 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

**NATALIA PALACIO CASTAÑO**

Secretaria Ad-hoc

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)