El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente

proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – Incidente de desacato en el grado de consulta –07 marzo de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Decreta nulidad de la sanción

Radicación Nro. : 66170-31-04-002-2016-00010-03

Accionante: BEATRIZ ELENA FLÓREZ RAMÍREZ

Accionados:      CAFESALUD EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: NULIDAD DE LA SANCIÓN POR ERRÓNEO REQUERIMIENTO AL SUPERIOR JERÁRQUICO DE LA ACCIONADA.** “[E]ncuentra la Sala que aunque lo lógico en este tipo de casos, donde el derecho a la salud de la accionante está en juego y la entidad es renuente a brindarle la atención integral que se le ordenó vía tutela, sería emitir la sanción por desacato, tal como lo hizo el Juez de instancia, sin embargo, dentro del presente asunto tal sanción no se puede confirmar, y ello tiene razón en que la sanción proferida fue errada, no en cuanto a su imposición, sino frente a los sancionados, y conlleva necesariamente a una declaratoria de nulidad de lo actuado. (…) [E]s necesario en esta instancia decretar la nulidad de la sanción impuesta dentro del presente asunto, para que se rehagan las actuaciones dentro del incidente de desacato a partir del auto del 18 de agosto de 2016, puesto que como se pudo ver, se cometió por parte del Despacho de primera instancia un error al momento de realizar las vinculaciones dentro de este asunto, ya que se dispuso el requerimiento al Doctor. JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ, Representante de Defensa Judicial de Cafesalud, bajo la errónea creencia de que es el superior jerárquico de la Dra. VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA, cuando en realidad dicha calidad está en cabeza del Presidente Nacional de esa entidad, cargo que en la actualidad es asumido por el Dr. LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTUA.”.

**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, martes siete (07) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 7:00 a.m.

Aprobado por Acta No. 0195

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66170-31-04-002-2016-00010-03 |
| **Accionante:** | Beatriz Elena Flórez Ramírez |
| **Accionado:** | Cafesalud EPS |
| **Procedencia:**  | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas |
| **Decisión:**  | Decreta nulidad  |

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 6 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del trámite incidental de desacato promovido por la señora **BEATRIZ ELENA FLÓREZ RAMÍREZ** encontra de **CAFESALUD EPS**.

**ANTECEDENTES**

Mediante fallo de tutela del 17 de febrero del 2016, el Juez Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas tuteló los derechos fundamentales a la salud, integridad física, dignidad humana, seguridad social y a la vida, de los cuales es titular la señora BEATRIZ ELENA FLÓREZ RAMÍREZ, en consecuencia le ordenó a la EPS CAFESALUD que en el término de 48 horas autorizara e hiciera efectivo el suministro del medicamento “Carboximelticulosa 0.5 colirio oftálmico frasco x 15 ml en cantidad de 3, para 90 días de tratamiento”. Adicionalmente dispuso que se le brindara tratamiento integral de la patología “Glaucoma secundario a otros trastornos del ojo” que padecía la accionante y que dieron origen a la presente acción.

A pesar de lo anterior, el 12 de agosto de 2016 la Señora BEATRIZ ELENA se acercó al Despacho de conocimiento, donde solicitó iniciar un trámite incidental de desacato en contra de CAFESALUD EPS, toda vez que la entidad no estaba dando cumplimiento a la precitada sentencia de tutela, pues en ese momento no le habían hecho entrega de la medicina correspondiente a ese mes, la cual debe entregarse en los primeros días, pero cada mes la entregan vencida.

En vista de lo anterior el Juzgado de conocimiento emitió un requerimiento previo mediante auto del mismo día, en el cual ofició a la Doctora VICTORIA EUGENIA ARISTIZABAL MARULANDA en calidad de Administradora de Agencia de CAFESALUD EPS en Pereira para que acreditara el acatamiento del fallo de tutela.

Como quiera que no hubo pronunciamiento alguno por parte de la mencionada funcionaria, el 18 de agosto de 2016 se requirió nuevamente a la misma, así como a su superior jerárquico, el Doctor JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ, Gerente de Defensa judicial de dicha entidad, para que hiciera cumplir la decisión y promoviera la investigación disciplinaria correspondiente.

Terminado el plazo concedido, se dio apertura formal del incidente de desacato mediante auto del 24 de agosto de 2016, en éste se le concedió a los vinculados el término de 3 días para pronunciarse y allegar las pruebas que consideraran pertinentes

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) SMLMV mediante auto del 6 de septiembre de 2016, a los Doctores VICTORIA EUGENIA ARISTIZABAL MARULANDA y JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ, en sus calidades de Administradora de Agencia en Pereira y Gerente de Defensa Judicial de Cafesalud, respectivamente, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 17 de febrero del 2016, y se 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. Solución:**

Previo al abordamiento del tema concreto, 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, con el fin de que lo resuelto no se quede en el aire, ya que en el evento de que la orden no sea atendida, el funcionario constitucional de conocimiento tiene la posibilidad de hacer efectivas las sanciones legales correspondientes.

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).

Sobre 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)

En suma, el incidente de desacato es un 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 demandado 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.

Cuando la decisión del Juez de tutela 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.[[5]](#footnote-5)

El incidente de desacato se originó con fundamento en la noticia que suministró la señora BEATRIZ ELENA FLOREZ al Despacho competente, en el sentido que CAFESALUD EPS no está dando cumplimiento a lo dispuesto dentro de la acción de tutela en la cual se ordenó suministrar el medicamento ordenado por el médico tratante en un término que no superara las 48 horas, así como la prestación integral de todos los servicios de salud que requiera en atención a su patología.

Atendiendo a la voluntad de la parte accionante, el Despacho llevó a cabo el procedimiento pertinente en el caso concreto, y luego de los requerimientos de rigor, decidió iniciar el respectivo incidente, sin obtener explicación satisfactoria alguna; situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 06 de septiembre de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a los Doctores VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA y JULIAN ANDRÉS FERNÁNDEZ, ambos funcionarios de CAFESALUD EPS.

En estas precisas condiciones, encuentra la Sala que aunque lo lógico en este tipo de casos, donde el derecho a la salud de la accionante está en juego y la entidad es renuente a brindarle la atención integral que se le ordenó vía tutela, sería emitir la sanción por desacato, tal como lo hizo el Juez de instancia, sin embargo, dentro del presente asunto tal sanción no se puede confirmar, y ello tiene razón en que la sanción proferida fue errada, no en cuanto a su imposición, sino frente a los sancionados, y conlleva necesariamente a una declaratoria de nulidad de lo actuado.

Esta Corporación ya se ha pronunciado anteriormente en casos similares, donde se han tramitado incidentes de desacato en contra de los funcionarios de la EPS Cafesalud por incumplimiento a diferentes decisiones vía tutela, en esas oportunidades se ha reconocido que si bien, la Dra. VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA en su calidad de Administradora de Agencia en Pereira de dicha EPS es la persona directamente responsable de dar cumplimiento a las sentencias de tutela proferidas en contra de tal entidad, no ocurre lo mismo con el Dr. JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ como Gerente de Defensa Judicial de Cafesalud, puesto que su cargo ha sido considerado por algunos Despachos como el de Superior Jerárquico de la anterior; por citar una de ellas, en el mes de octubre del año anterior se profirió auto con Ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque se expuso que:

*“(…) considerada desacertada la postura del juez de primer nivel de vincular al Dr. JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ -Gerente de Defensa Judicial de CAFESALUD- como su superior jerárquico, en tanto ningún elemento probatorio fue arrimado al dossier para acreditar tal calidad.*

*Y no obstante que se hubiera allegado al expediente un certificado que adujera tal situación[[6]](#footnote-6), la Sala es del criterio que pese a haberse plasmado en ese documento que el Dr. JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ, en su condición de representante de Defensa Judicial ”será el sancionado en todos los casos que se requiera, en virtud de las acciones de tutela, por ostentar la calidad de superior jerárquico de los responsables de cumplimiento de las órdenes impuestas en la medida provisional, fallo de tutela o trámite incidental de desacato […]”, tal circunstancia no puede variar el hecho de que el Dr. CARLOS ALBERTO CARDONA MEJÍA es el Presidente Nacional de CAFESALUD EPS, quien por ende ejerce su representación legal y en consecuencia ostenta la superioridad respecto de los trabajadores de la entidad con cargos directivos, así se le quiera otorgar tal función a un funcionario de inferior nivel, a quien por demás se le impone desde ahora la carga de asumir toda la responsabilidad en las sanciones que pueden ser impuestas por el incumplimiento de las acciones de tutela, como acontece en este caso, con lo que se pretende, en sentir de la Sala, desligar el compromiso que le asiste al Dr. CARDONA MEJÍA por la omisión en que pudieran incurrir los empleados a su cargo en la prestación de los servicios de salud, situación que por supuesto no puede ser de recibo.”[[7]](#footnote-7)*

Así las cosas, y a pesar del evidente incumplimiento al fallo de tutela emitido el 17 de febrero de 2016 por el Juez de conocimiento, en favor de la señora BEATRIZ ELENA FLOREZ RAMÍREZ, es necesario en esta instancia decretar la nulidad de la sanción impuesta dentro del presente asunto, para que se rehagan las actuaciones dentro del incidente de desacato a partir del auto del 18 de agosto de 2016, puesto que como se pudo ver, se cometió por parte del Despacho de primera instancia un error al momento de realizar las vinculaciones dentro de este asunto, ya que se dispuso el requerimiento al Doctor. JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ, Representante de Defensa Judicial de Cafesalud, bajo la errónea creencia de que es el superior jerárquico de la Dra. VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA, cuando en realidad dicha calidad está en cabeza del Presidente Nacional de esa entidad, cargo que en la actualidad es asumido por el **Dr.** **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTUA**.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD** de lo actuado a partir delauto del 18 de agosto de 2016, mediante el cual se dispuso el requerimiento al Doctor. **JULIÁN ANDRÉS FERNÁNDEZ** en su calidad deGerente de Defensa Judicial de Cafesalud, para que se rehagan las actuaciones dentro del incidente de desacato atendiendo los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría de la Sala, se remita el presente expediente al Juzgado de origen, para los fines pertinentes**.**

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**WILSON FREDY LÓPEZ**

Secretario

1. Sentencia T-190 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia 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)
6. Como así se hizo en el Incidente de Desacato que tramitó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, con radicación 66001310900220150014801, donde se aportó Registro Único Empresarial expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y donde igualmente se decretó la nulidad de lo actuado. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia de Tutela 04 de octubre de 2016, aprobada por Acta No. 906 [↑](#footnote-ref-7)