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 grado de consulta – 18 de octubre de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Revoca sanción

Radicación Nro. : 66001-31-87-001-2014-00001-01

Accionante: MIGUEL ÁLVARO GONZÁLEZ MANJARRES

Accionados:      NUEVA EPS-S

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / ORDEN CUMPLIDA.** [L]a Apoderada Judicial de la Nueva EPS, comunica haber dado cumplimiento a lo ordenado vía tutela, y que en razón de ello al paciente MIGUEL ÁLVARO GONZÁLEZ MANJARRES se le autorizó el examen requerido para que se realizara en el Megacentro Pinares. Igualmente la señor Myriam Reyes Lozano, agente oficiosa del accionante, allegó escrito al Despacho de primer nivel, informando que efectivamente se realizó el procedimiento requerido el cual se culminó correctamente el 1º de septiembre de 2016, fecha en que ella allegó el documento a ese Juzgado. 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, cuando quiera que aunque en forma tardía, se ha observado el mandamiento judicial.

**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, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 1:50 p.m.

Aprobado por Acta No. 1105

*Radicación*: *66001-31-87-001-2014-00001-01*

*Accionante*: *Miguel Álvaro González Manjarres*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 26 de julio de 2016 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad local, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la señora Myriam Reyes Lozano quien es la agente oficiosa del señor **MIGUEL ÁLVARO GONZÁLEZ MANJARRES** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora Myriam actuando en nombre de su esposo el tres de enero de 2014, interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para su derecho fundamental a la salud toda vez que dados sus problemas de salud le fueron ordenados por los galenos una serie de exámenes tendientes a determinar cuál era la patología que estaba padeciendo, sin embargo la Nueva EPS no había autorizado los mismos a pesar de que se le ordenaron desde el 18 de diciembre de 2013. Por esas razones, ella solicitó se ordenara no solo la autorización de los procedimientos médicos ordenados por el médico tratante, sino también el garantizar la atención integral para sus patologías incluyendo el traslado en ambulancia cundo su estado de salud así lo requiriera; además de ello, pidió se le exonerara del pago de cuotas moderadoras.

Mediante fallo del 16 de enero de 2014, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad local tuteló los derechos fundamentales reclamados en favor del señor GONZÁLEZ MANJARRES, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS, autorizarle de manera inmediata el examen llamado “cromogranina” que fuera ordenado por su médico tratante; además de ello, dispuso que la accionada debería garantizarle un tratamiento integral para sus patologías pancreáticas. No le autorizó el traslado en ambulancia ni la exoneración de copagos.

El día 23 de junio de 2016, la señora Myriam Reyes presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato toda vez que desde el 4 de abril de ese año, a su esposo el médico tratante le ordenó un examen denominado “test de Holter de monitoreo de glucosa en 6 días” y el mismo no ha sido autorizado por la Nueva EPS, a pesar de que el galeno justificó su solicitud, aduciendo de que aún están cotizando el costo del mismo. De acuerdo a esa información, el Despacho de conocimiento mediante auto del 24 de junio de 2016 realizó requerimiento a la Gerente de la Nueva EPS seccional Risaralda, Dra. María Lorena Serna Montoya, al igual que al Gerente Nacional de esa entidad, esto es el Dr. José Fernando Cardona Uribe.

Como la entidad incidentada guardo silencio, el A-quo el 6 de julio de 2016 decidió dar apertura formal del incidente de desacato en contra de la Dra. María Lorena Serna y el Dr. José Fernando Cardona, por ser la Gerente Regional y el Gerente General, respectivamente, de La Nueva EPS, para que realizaran el trámite administrativo tendiente a verificar el cumplimiento de la orden constitucional.

Como respuesta a lo anterior, la parte incidentada allegó oficio informando sobre la autorización y entrega al paciente de unos medicamentos y suplementos dietarios que no le había sido suministrados, frente a los cuales nada se dijo en la solicitud de apertura de desacato; frente al examen de “Test de Holter de monitorio de glucosa en 6 días” que le fuera ordenado por el endocrinólogo, dijo que se iniciarían las gestiones administrativas tendientes a su realización, por ello solicitó no se le diera apertura al desacato. Posteriormente, en otro escrito, informó que no era viable autorizar el mismo por cuanto las órdenes medicas ya estaban vencidas, y el 22 de julio de 2016, la señora Myriam informó al Despacho que funcionarios de la EPS incidentada, le solicitaron qué explicara las razones por las cuáles no se agotaban primero las opciones diagnosticas contenidas en el POS, a pesar de contar con los documentos del endocrinólogo en donde justifica por qué se requiere ese examen y no otro.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 26 de julio de 2016, el señor Juez de instancia 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 de la Nueva EPS con sede en esta ciudad, y al Presidente de esa misma entidad Dr. José Fernando Cardona Uribe, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 16 de enero de 2014 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 MIGUEL ÁLVARO y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, brindarle tratamiento integral para su patología endocrina.

La decisión prealudida está calendada el 16 de enero de 2014, pero a pesar de ello, el 23 de junio de 2016, la agente oficiosa informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo, puesto que no le autorizaba un examen que le fuera ordenado por el especialista en endocrinología desde el mes de abril de ese año, 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 26 de julio de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. 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, decisión que les fuera notificada mediante oficio.

Finalmente, la Apoderada Judicial de la Nueva EPS, comunica haber dado cumplimiento a lo ordenado vía tutela, y que en razón de ello al paciente MIGUEL ÁLVARO GONZÁLEZ MANJARRES se le autorizó el examen requerido para que se realizara en el Megacentro Pinares. Igualmente la señor Myriam Reyes Lozano, agente oficiosa del accionante, allegó escrito al Despacho de primer nivel, informando que efectivamente se realizó el procedimiento requerido el cual se culminó correctamente el 1º de septiembre de 2016, fecha en que ella allegó el documento a ese Juzgado[[6]](#footnote-6).

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, cuando quiera que aunque en forma tardía, se ha observado el mandamiento judicial.

Con todo lo dicho hasta el momento se hace evidente que por parte del ente incidentado se desdibuja la figura de la desobediencia judicial en lo que respecta a la autorización y realización del *“Test de Holter de monitoreo de glucosa en 6 días”* al señor MIGUEL ÁLVARO GONZÁLEZ MANJARRES, 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, fueron desnaturalizados con la actividad de la Nueva EPS.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 26 de julio de 2016 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira a la **Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente de la Nueva EPS en la ciudad de Pereira, y al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Gerente General 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

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)
6. Folio 5 cuaderno de desacato. [↑](#footnote-ref-6)