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. : 666001-31-87-001-2015-00254-01

Accionante: DANIEL VARGAS GARCÍA

Accionados:      NUEVA EPS-S

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / ORDEN CUMPLIDA.** [E]stando en trámite de consulta el presente incidente, se recibió un oficio por parte de la encartada con el cual pretende que se revoque la sanción impuesta, para lo cual puso en consideración que por medio de la IPS Cuidarte se encuentran prestando el servicio de cuidador domiciliario en favor del señor Daniel Vargas García, afirmación de las cual anexó la constancia respectiva (ver folios 170 y 171). Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del incidente 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 cuando la parte accionada procediera tardíamente al cumplimiento del mandamiento judicial. Por lo tanto, como con el actuar de la incidentada se ha desdibujado la figura de la desobediencia judicial, es de justicia abstenerse de confirmar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos tácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición fueron desnaturalizados por la actividad de la entidad accionada.

**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: 1:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 1103

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 666001-31-87-001-2015-00254-01 |
| **Accionante:** | Aura Buitrago Herrera agente oficiosa de Daniel Vargas García |
| **Accionado:** | Nueva EPS-S |
| **Procedencia:**  | Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad |
| **Decisión:**  | Revoca Sanción |

**ASUNTO:**

Procede la sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad a los Doctores **MARÍA LORENA SERNA MONTOYA** y J**OSÉ FERNANDO CARDONA URIBE,** funcionarios de la **NUEVA EPS**, con ocasión del trámite incidental de desacato promovido por la señora **AURA BUITRAGO HERRERA**, quien actúa en calidad de agente oficiosa del señor **DANIEL VARGAS GARCÍA.**

**ANTECEDENTES:**

Mediante fallo de tutela proferido por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, el día 28 de abril de 2015, se concedió la solicitud de amparo constitucional invocada por la señora Aura Buitrago Herrera como agente oficiosa de su esposo, el señor Daniel Vargas García, en contra de la Nueva EPS; corolario de ello, se tutelaron sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, ordenando a la accionada, entre otras cosas, que de manera inmediata procediera a autorizarle y prestarle al señor Vargas García el servicio de cuidador o auxiliar de enfermería las 24 horas, así como unas terapias físicas domiciliarias para el fortalecimiento de marcha que requería.

No obstante, el día 13 de septiembre de 2016 se recibió en el Despacho de conocimiento un memorial suscrito por la Representante Judicial en el Eje Cafetero de la Nueva EPS, Doctora Ana María Sarmiento Velásquez, por medio del cual puso en conocimiento del A-quo que el servicio de cuidador domiciliario que se le estaba prestando al señor Daniel Vargas García sería suspendido, toda vez que el mismo no constituye una prestación tendiente a la salvaguarda de la recuperación de la salud, sino que puede ser brindado por una persona que sin tener ningún tipo de conocimiento médico, preste asistencia en la realización de las actividades básicas diarias que requiere el paciente; y desde ese punto de vista, las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud no contemplan ese servicio dentro de las prestaciones financiadas con sus recursos (los del estado), lo cual constituye un vacío legal frente a la entidad que debe asumir ese tipo de gastos, de manera que le impide a la EPS ejercer su derecho a efectuar el respectivo recobro.

Atendiendo tal manifestación realizada por la EPS obligada, el Juez de conocimiento emitió un auto con fecha del 14 de septiembre de 2016, dentro del cual ordenó que por intermedio del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, se le remitiera nuevamente a esa entidad la copia del fallo de tutela por medio del cual se le impartió de forma expresa el mandato de garantizar dicho servicio en favor del señor Daniel Vargas García, y de esta manera, se requirió al Gerente de la Nueva EPS para que procediera de manera inmediata a su acatamiento.

Posteriormente, y sumado al informe previamente referenciado, la señora Aura Buitrago Herrera presentó un oficio el 16 de septiembre de 2016, dentro del cual solicitó que se diera inicio a un trámite incidental de desacato, puesto que también recibió una comunicación donde la Nueva EPS le manifestó que suspendería el aludido servicio de cuidador domiciliario en favor de su esposo, por encontrarse excluido del plan de beneficios en salud.

Así las cosas, por medio de auto del 19 de septiembre de 2016 se requirió a los Doctores José Fernando Cardona Uribe y María Lorena Serna Montoya, Gerente General y Gerente en Pereira de la Nueva EPS, respectivamente, para que procedieran a dar cabal cumplimiento a la sentencia de tutela en cuestión, frente a lo cual no se obtuvo la respuesta esperada por parte de los mencionados funcionarios. Por esta razón, el 28 de septiembre de 2016 se dio apertura formal al incidente, decretando el término de tres días para que ejercieran su derecho de defensa.

Subsiguientemente, y teniendo en cuenta que el plazo concedido a los vinculados para pronunciarse había culminado sin que ello ocurriera, el Juez de primer nivel decidió mediante auto del 13 de octubre de 2016 sancionarlos con arresto de tres (3) días y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por su desacato a la sentencia de tutela prealudida, y se ordenó la consulta de la decisión que hoy ocupa la atención de la Magistratura.

**CONSIDERACIONES:**

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.

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

Conforme al artículo 86 Superior, la finalidad de la acción de tutela es la protección judicial de los derechos fundamentales de una persona, cuando a través de tal mecanismo se ha comprobado su vulneración; por lo tanto, cuando ello ocurre, y el Juez que asume su conocimiento emite órdenes para salvaguardar tales derechos, lo que se espera de la autoridad obligada es que ésta observe íntegramente el cumplimiento de las mismas.

No obstante, el artículo 52 del Decreto 2591 ha previsto un mecanismo especial para aquellos eventos en que las órdenes impuestas en sede de tutela no son acatadas, de modo que a través de éste se puedan hacer efectivos los derechos reconocidos mediante la amenaza de una sanción en caso de renuencia del accionado a obedecer la decisión.

De este modo, conforme al artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 el Juez que ha proferido el fallo de tutela está en el deber de realizar las gestiones que considere convenientes para el cabal cumplimiento de la decisión constitucional, y tramitará el incidente de desacato a efectos de establecer si ésta ha sido o no acatada, y ante este último panorama, aplicará las correspondientes sanciones de que trata el artículo 52 Ibídem en contra de la persona directamente encargada, y de su superior, hasta que la sentencia sea acatada.

Cuando la decisión del Juez de primera instancia conlleva la imposición de una sanción, ésta debe ser consultada ante su superior funcional, lo que indica que 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.

**Caso Concreto:**

El presente incidente de desacato se originó con fundamento en la noticia suministrada por la agente oficiosa del señor Daniel Vargas García, mediante la cual puso en conocimiento del Juez de primer grado que la entidad accionada se encontraba en estado de indiferencia frente a lo ordenado en la sentencia de tutela proferida por ese Despacho el 28 de diciembre de 2015, mediante el cual se protegieron sus derechos fundamentales a vida y a la salud.

Atendiendo a la voluntad de la parte accionante, el Juzgado llevó a cabo el procedimiento que estimó pertinente para el caso concreto, pese a lo cual, los funcionarios de la EPS accionada se mantuvieron en su incumplimiento al mandato judicial impuesto, razón por la que el Despacho de instancia decidió imponerles la respectiva sanción que hoy es objeto de consulta.

Es de anotar que estando en trámite de consulta el presente incidente, se recibió un oficio por parte de la encartada con el cual pretende que se revoque la sanción impuesta, para lo cual puso en consideración que por medio de la IPS Cuidarte se encuentran prestando el servicio de cuidador domiciliario en favor del señor Daniel Vargas García, afirmación de las cual anexó la constancia respectiva (ver folios 170 y 171).

Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del incidente 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 cuando la parte accionada procediera tardíamente al cumplimiento del mandamiento judicial.

Por lo tanto, como con el actuar de la incidentada se ha desdibujado la figura de la desobediencia judicial, es de justicia abstenerse de confirmar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos tácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición fueron desnaturalizados por la actividad de la entidad accionada.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sanción impuesta por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, el 13 de octubre de 2016, a los Doctores María Lorena Serna Montoya y José Fernando Cardona Uribe, ambos funcionarios de la Nueva EPS, ello de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: 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