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 – 17 de enero de 2018

Proceso:                 Acción de Tutela – Deja sin efectos la sanción

Radicación Nro. : 66170-31-04-002-2017-00076-01

Accionante: ANGIE MELISSA ARCE GIRALDO

Accionados:      CAFESALUD EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / DEJA SIN EFECTOS LA SANCIÓN.** [A] pesar del evidente el incumplimiento al fallo de tutela emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, en favor de la menor Angie Melissa Arce Giraldo, la imposibilidad tanto material como jurídica de la EPS Cafesalud se hace palmaria, y por tanto, como ya se dijo, la sanción que se le impusiera a los funcionarios sancionados dentro del presente asunto no puede ser aplicada tal como se había resuelto por el Despacho de conocimiento, por cuanto ellos en la hora de ahora no tienen ninguna manera de cumplir dicha sentencia. De acuerdo a lo dicho hasta ahora, resulta inevitable dejar sin efectos la sanción impuesta dentro del presente asunto, para así, ordenarle al Juzgado de primer nivel que, de ser necesario, el trámite de desacato se lleve a cabo en contra de los Funcionarios hoy encargados de la EPS Medimás, por cuanto es la entidad que como consecuencia del proceso de liquidación de Cafesalud, entró a reemplazarla desde el 1° de agosto de 2017 en cuanto a la atención en salud de sus anteriores afiliados.

**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, diecisiete (17) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 11:20 a.m.

Aprobado por Acta No. 006

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66170-31-04-002-2017-00076-01 |
| **Accionante:** | Angie Melissa Arce Giraldo |
| **Accionado:** | Cafesalud EPS |
| **Procedencia:** | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas |
| **Decisión:** | Deja sanción sin efectos |

**ASUNTO:**

Procede la sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda a los Doctores **VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, funcionarios de la extinta **CAFESALUD EPS**, con ocasión del trámite incidental de desacato promovido por la señora **JENNIFER GIRALDO ARBOLEDA**, actuando como agente oficiosa de **ANGIE MELISSA ARCE GIRALDO**, y coadyuvadas por la Personería Municipal de Dosquebradas,en contra de dicha institución.

**ANTECEDENTES:**

Mediante fallo de tutela proferido el 8 de julio de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, salud y calidad de vida de los cuales es titular la menor Angie Melissa Arce Giraldo, quien estuvo agenciada dentro de ese trámite por su progenitora, la señora Jennifer Giraldo Arboleda.

En consecuencia de lo anterior, se le ordenó a la EPS Cafesalud que le hiciera entrega a su afiliada de los medicamentos denominados “CLONIDINA 75 MCG C/12H, DILTIAZEM 60 MG VIA C/24H, MICOFELONATO 250 MG VIA C/12H, MINOXIDIL 10 MG C/12H, OMEPRAZOL 20 MG VIA C/24H, PRAZOSINA 2 MG C/12H, PREDNISOLONA 5 MG C/24H, TACROLIMUS 3 MG VIA C/12H, VALGANCICLOVIR 340 MG VIA C/24H, BICARBONATO DE SODIO POLVO 1.5 GR C/6H”; así mismo, que se asegurara de garantizarle el cubrimiento de transporte y viáticos para ella y un acompañante a la Fundación Valle de Lili en Cali, Valle del Cauca, para las citas de control de trasplante de riñón, así como a cualquier otro lugar fuera de residencia al cual necesitara acudir para acceder efectivamente a los servicios de salud; finalmente, le impuso a la accionada el deber de brindarle a la menor Angie Melissa el tratamiento integral que llegare a necesitar con ocasión de las patologías diagnosticadas como “OTRAS INSUFICIENCIAS RENALES CRÓNICAS, INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL, DIALISIS EXTRACORPORA, DISPLASIA RENAL, SÍNDROME NEFRÍTICO, GLOMERULONEFRITIS PROLIFERATIVA MESANGIAL DIFUSA, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, HIPERTENSIÓN SECUNDARIA A OTROS TRASTORNOS RENALES, TRANSPLANTE DE RIÑÓN, INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA NO ESPECIFICADA, FALLA Y RECHAZO DE TRANSPLANTE DE RIÑÓN, DEPLESIÓN DE VOLUMEN, ACIDOSIS, HIPERPOTASEMIA, INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS SITIO NO ESPECIFICADO”.

A pesar de lo anterior, el 9 de junio de 2017 la señora Jennifer Giraldo Arboleda, coadyuvada por la Personería Municipal de Dosquebradas, Risaralda, y en representación de los intereses de la menor Arce Giraldo, presentaron en el Despacho de conocimiento un memorial, con el cual solicitaron que se iniciara un trámite incidental de desacato en contra de Cafesalud EPS-S, toda vez que dicha entidad se había negado a practicarle unos exámenes médicos que le habían ordenado por parte del galeno tratante, los cuales consistían en: *“HEMOGRAMA IV (HEMOGLOBINA HEMATOCRITO RECUENTO DE ERITROCITOSINDICES, ERITROCITARIO, SLEUCOGRAMA RECUENTO DE PLAQUETAS), ALBUMINA, COLESTEROL TOTAL, MAGNESIO, POTASIO, PROTEINAS EN ORINA DE 24H, PROTEINAS TOTALES EN SUERO Y OTROS FLUIDOS, TRIGLICERIDOS, TACROLIMUS EN SANGRE PAQUETE TRASPLANTE, UROANALISIS CON SEDMENTO Y DENSIDAD URINARIA”*, mismos que debían practicarse en la IPS Fundación Valle de Lili.

En vista de lo anterior, el Juzgado de conocimiento mediante auto del 9 de junio de 2017 emitió un requerimiento a la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda como Gerente Regional de Cafesalud EPS-S, para que en el término de dos (02) días acreditara el cumplimiento a la orden emitida en la sentencia de tutela proferida por ese Despacho judicial.

Más adelante, mediante por medio de auto del 20 de junio de 2016 se ofició nuevamente a la mencionada, dado que hasta ese momento no había sido posible obtener algún pronunciamiento por parte suya, así mismo, se requirió a su superior jerárquico Dr. Luis Guillermo Vélez Atehortúa como Presidente de la EPS Cafesalud, para que ordenara a la funcionaria anterior el cumplimiento de la decisión aludida y promoviera la correspondiente investigación disciplinaria.

Teniendo en cuenta que el plazo concedido a la accionada para pronunciarse había culminado sin que ello ocurriera, se dio apertura formal al incidente de desacato mediante auto del 27 de junio de 2017, en éste se le concedió a los vinculados el término de 3 días para pronunciarse y allegar las pruebas que consideraran pertinentes.

El 12 de julio de 2017 se recibió un escrito por parte del apoderado judicial de la EPS Cafesalud, con el cual aseguró que esa entidad ya había hecho entrega de la autorización que reclamaba por medio del incidente de desacato la accionante. De este modo, frente a esa afirmación, el Despacho estableció comunicación con la señora Jennifer Giraldo Arboleda, quien corroboró que efectivamente se le había hecho entrega de la autorización, pero que la IPS Fundación Valle de Lili no había programado la cita para la realización del control que requería su hija.

Agotado el trámite incidental, mediante auto interlocutorio del 12 de julio de 2017, el Juez *A-quo* decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) smlmv, a los Doctores Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda y Luis Guillermo Vélez Atheortúa, en sus calidades de Gerente Regional en Pereira y Presidente de Cafesalud EPSS, respectivamente, por su desacato a la sentencia de tutela pluricitada; 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 deberá establecer si la entidad accionada incurrió en desacato y en caso afirmativo proceder de conformidad.

Según el 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 señora Jennifer Giraldo Arboleda, agente oficiosa de la menor Angie Melissa Arce Giraldo, mediante la cual puso en conocimiento de la Juez de primer grado que la entidad accionada se encontraba en estado de indiferencia frente a lo ordenado en la sentencia de tutela proferida el 8 de julio de 2016 mediante el cual se protegieron los derechos fundamentales de la niña.

Atendiendo a la voluntad de la accionante el Despacho llevó a cabo el procedimiento que estimó pertinente en el caso concreto, mismo que culminó con la imposición de una sanción en contra de los funcionarios vinculados, ello por cuanto no se logró obtener explicación satisfactoria alguna que permitiera comprender las razones de su desobediencia, y tampoco se conoció ninguna actuación diligente realizada por parte suya para conjurar dicho desconocimiento.

En estas precisas condiciones, encuentra la Sala que aunque efectivamente quedó en evidencia que la entidad accionada se mostró renuente a brindarle oportunamente a la menor Arce Giraldo la atención integral que se ordenó vía tutela, lo cual sería en principio la causal de peso para confirmar la sanción aplicada en primera instancia, debe decirse que en este asunto se ha presentado una situación excepcional que le impide a la Corporación avalar su imposición.

Aunque parezca ilógico lo anterior, debe tenerse en cuenta que, como es de conocimiento público, la EPS Cafesalud en la actualidad ha dejado de prestar sus servicios de salud bajo esa razón social, y que a partir del 1° de agosto del año 2017 la entidad que entró a reemplazar sus labores fue la recientemente creada EPS Medimás, conforme a la aprobación del plan de reorganización institucional que realizó la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, lo que se traduce en una imposibilidad material y jurídica de los funcionarios de la hoy extinta Cafesalud EPS para darle cumplimiento al fallo proferido en contra de aquella cuando se encontraba en vigencia su funcionamiento.

Quiere decir lo anterior que en el presente asunto deberá darse aplicación a la figura jurídica de la sucesión procesal de que trata el artículo 68 del Código General del Proceso, que reza: *“Si en el curso del proceso sobreviene la* ***extinción****, fusión o escisión* ***de alguna persona jurídica que figure como parte****,* ***los sucesores*** *en el derecho debatido* ***podrán comparecer*** *para que se les reconozca tal carácter.”*, norma a la cual se hace remisión de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2.2.3.1.1.3.[[1]](#footnote-1) del Decreto 1069 de 2015; ello, especialmente porque la responsabilidad que da pie a la imposición de una sanción por desacato es netamente subjetiva, y necesariamente recae como una especie de correctivo en contra de quien se encontraba llamado a obedecer la orden judicial, y no en contra de un tercero.

En ese sentido, debe tenerse que cuenta que como hoy en día es la EPS Medimás la entidad que legalmente ha iniciado sus labores para asumir la atención médica de la población que anteriormente se encontraba afiliada a la EPS Cafesalud, deberá ser aquella a quien se le vincule dentro del presente asunto para que esclarezca lo que, bajo el desarrollo de sus actividades, ha ocurrido con la menor Angie Melissa y su tratamiento médico, no sólo porque en la actualidad es la llamada al cumplimiento del fallo de tutela que nos ocupa y que originó el trámite incidental, sino que por respeto al derecho fundamental al debido proceso que como contraparte también le asiste a dicha EPS, es necesario que se le garantice el ejercicio de su defensa y contradicción, que sólo podría materializarse con el otorgamiento de la oportunidad de brindar las explicaciones que considere necesarias respecto de este caso.

Al respecto en Sentencia T-014 de 2009, la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

*“De otra parte, esta corporación ha reconocido la posibilidad de que, con ocasión de la aplicación de alguna de estas medidas que buscan garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos de esa misma naturaleza, particularmente el derecho al debido proceso de cualquiera de las dos partes que como demandante y demandado participaron en el trámite de la ya resuelta acción de tutela.*

*Esta circunstancia puede afectar a quien inicialmente solicitó la protección tutelar, si la renuencia de quien fue demandado continúa impidiendo el efectivo disfrute del derecho fundamental cuya protección fue judicialmente ordenada, y el juez que conoce del incidente se niega, injustificadamente, a reconocer el desacato que se ha planteado. Del otro lado, el demandado también puede ver lesionado su derecho al debido proceso, especialmente si se le sanciona sin que se reúnan los presupuestos de hecho necesarios para ello...” (Subrayas nuestras)*

Así las cosas, y a pesar del evidente el incumplimiento al fallo de tutela emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, en favor de la menor Angie Melissa Arce Giraldo, la imposibilidad tanto material como jurídica de la EPS Cafesalud se hace palmaria, y por tanto, como ya se dijo, la sanción que se le impusiera a los funcionarios sancionados dentro del presente asunto no puede ser aplicada tal como se había resuelto por el Despacho de conocimiento, por cuanto ellos en la hora de ahora no tienen ninguna manera de cumplir dicha sentencia.

De acuerdo a lo dicho hasta ahora, resulta inevitable dejar sin efectos la sanción impuesta dentro del presente asunto, para así, ordenarle al Juzgado de primer nivel que, de ser necesario, el trámite de desacato se lleve a cabo en contra de los Funcionarios hoy encargados de la EPS Medimás, por cuanto es la entidad que como consecuencia del proceso de liquidación de Cafesalud, entró a reemplazarla desde el 1° de agosto de 2017 en cuanto a la atención en salud de sus anteriores afiliados.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS** la sanción impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira a los Doctores **VICTORIA EUGENIA ARISTIZÁBAL MARULANDA** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATHEORTÚA**, funcionarios de la extinta Cafesalud EPSS, ello por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría de la Sala, se remita el presente expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, a fin de que allí, de ser necesario, se adelante el trámite de desacato en contra de la **EPS MEDIMÁS**, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

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

1. “**DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES PARA INTERPRETAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL DECRETO 2591 DE 1991.**Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto [2591](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2591_1991.htm#INICIO) de 1991 se aplicarán los principios generales del Código General del Proceso, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto.” [↑](#footnote-ref-1)