SANCIÓN POR DESACATO/ Cumplimiento del fallo en sede de consulta deja sin fundamento la sanción impuesta en primera instancia

“(…) 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.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias C-243 de 1996, T-763 de 1998, T-188 y T-190 de 2002.

**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, veintiséis (26) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 1:45 p.m.

Aprobado por Acta No. 772

*Radicación*: *66682-31-04-001-2013-00152-01*

*Accionante*: *Leonor Tamayo de Moscoso*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 3 de Noviembre de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la agente oficiosa de la señora **LEONOR TAMAYO DE MOSCOSO** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora LUZ MARY MOSCOSO actuando en calidad de agente oficiosa de su madre LEONOR TAMAYO DE MOSCOSO interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, toda vez que cuenta con 78 años de edad y padece de Alzheimer GDS6 Parkinsonismo estadio 1, lo que implica que no pueda valerse por sí misma y necesite la ayuda de otras personas para realizar todas sus actividades; en atención a ello, presentaron la historia clínica a fin de solicitarle a la Nueva EPS el servicio de enfermería para ella, pero la entidad accionada se negó a otorgarle un cuidador. Sumó a su petición que se le otorgue un tratamiento integral relacionado con las patologías que padece y por consiguiente le sean suministrados: Tratamientos, procedimientos, cirugías, terapias, etc.

Mediante fallo del 19 de Julio del 2013, la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal tuteló los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la señora LEONOR TAMAYO DE MOSCOSO, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS que en el término de 48 horas a la notificación del fallo valorara la condición médica de la accionante y determinara la necesidad y periodicidad del servicio de cuidador o enfermera prescrito por el médico tratante, de igual manera, le ordenó realizar acciones tendientes a prestar un tratamiento integral a la demencia tipo Alzheimer grado 6 Parkinsonismo estadio 1 que padece la señora TAMAYO DE MOSCOSO. El fallo de tutela se notificó mediante oficio a la entidad accionada y de manera telefónica a la agente oficiosa de la accionante.

El día 30 de Septiembre de 2015, la agente oficiosa de la accionante presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato, toda vez que la entidad accionada había incumplido el fallo de tutela del 19 de Julio de 2015. Razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió mediante auto de ese mismo día a requerir de manera previa a la Dra. Ana María Sarmiento Velásquez, represente judicial de La Nueva EPS, a fin de que hiciera cumplir el fallo en mención.

 Al no obtener respuesta alguna el 14 de Octubre de 2015 la A-quo decidió abrir formalmente el incidente de desacato en contra de la Dra. ANA MARIA SARMIENTO VELASQUEZ en su calidad de Apoderada Judicial de la NUEVA EPS y su superior jerárquico Dr. JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente de la misma entidad, decisión que les fuera notificada mediante oficios.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 3 de Noviembre de 2015, la A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la Doctora ANA MARIA SARMIENTO VELASQUEZ, Apoderada Judicial de la NUEVA EPS y a su superior jerárquico, el Doctor JOSE FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente de la misma entidad, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 19 de Julio de 2013 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 la Juez de primer grado, tuteló el derecho fundamental a la salud y a la dignidad humana de la señora Leonor Tamayo de Moscoso y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, revisar su caso y establecer con los galenos la periodicidad del servicio de cuidador o enfermera que requería, además ordenó a la entidad emprender las acciones necesarias para que se le preste a la accionante la atención integral para la patología de Alzheimer grado 6 Parkinsonismo estadio 1 que padece.

La decisión prealudida está calendada el 19 de Julio de 2013, pero a pesar de ello, el 30 de Septiembre de 2015 la agente oficiosa de la titular del derecho informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo el fallo de tutela, razón por la cual la señora Juez de conocimiento decidió iniciar el respectivo incidente, sin obtener explicación alguna por parte de la entidad accionada.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 3 de Noviembre de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. ANA MARIA SARMIENTO VELASQUEZ en su calidad de Apoderada Judicial de la NUEVA EPS y a su superior jerárquico, JOSE FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente de la misma entidad, a 3 días de arresto y multa equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, decisión que les fuera notificada mediante oficio.

Finalmente, el 16 de Febrero de 2016 la señora LUZ MARY MOSCOSO TAMAYO en representación de LEONOR TAMAYO DE MOSCOSO, se presentó en el Despacho de conocimiento manifestando que la entidad accionada había cumplido con la prestación del servicio de enfermería para su madre. El Juzgado de conocimiento elevó constancia al respecto (Fl. 46).

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 el Juzgado de conocimiento en la cual se expresa la presencialidad de la agente oficiosa de la accionante manifestando que la NUEVA EPS había dado cumplimiento con la prestación del servicio de enfermería para la señora LEONOR TAMAYO DE MOSCOSO, se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, en lo que respecta a ese asunto 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 las manifestaciones de la agente oficiosa de la accionante.

Como anotación final, quiere la Sala señalarle a la Juez de instancia que de no haberse dado la revocatoria de la sanción se hubiese tenido que proceder al decreto de la nulidad de la misma, ello por cuanto revisado el asunto se evidenció que la sanción impuesta a la Dra. Ana María Sarmiento Velásquez fue errada, puesto que ella funge como Representante Judicial de La Nueva EPS y no tiene entre sus funciones la prestación o coordinación de la atención médica para los afiliados de la entidad para la cual labora; de allí que la funcionaria que debió ser requerida en primer término fuera la Gerente Regional Eje Cafetero Dra. María Lorena Serna Montoya. Aunado a ello, la sanción impuesta al Dr. José Fernando Cardona Uribe, Gerente Nacional de la Nueva EPS, vulnera el debido proceso establecido en el artículo 27 superior, cuando se indica que antes de la apertura formal del incidente de desacato se debe requerir al superior jerárquico del funcionario obligado a cumplir, situación que se obvió dentro de este asunto, pues dicho funcionario fue vinculado de manera directa en el auto de apertura del desacato.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 3 de Noviembre de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal a la **DOCTORA ANA MARIA SARMIENTO VELASQUEZ**, APODERADA JUDICIAL DE LA NUEVA EPSy al **DOCTOR JOSE FERNANDO CARDONA URIBE,** PRESIDENTE 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

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

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)