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 - 18 de abril de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Decreta nulidad de la sanción

Radicación Nro. : 66001-31-87-004-2016-00141-00

Accionante: LUZ NELLY CARDONA LÓPEZ, AGENTE OFICIOSA DE MIGUEL ÁNGEL GALLEGO RODRÍGUEZ

Accionados:      CAFESALUD EPS-S

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: NULIDAD POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LISTISCONSORCIO.** “[A] pesar del evidente incumplimiento al fallo de tutela emitido el 23 de septiembre del presente año por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad en favor del señor Miguel Ángel Gallego Rodríguez, 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 24 de enero de 2017, mediante el cual se dispuso su vinculación, 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, Dr. Luis Guillermo Vélez Atehortúa.”.

**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 dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 7:30

Aprobado por Acta No. 334

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-87-004-2016-00141-00 |
| **Accionante:** | Luz Nelly Cardona López, agente oficiosa de Miguel Ángel Gallego Rodríguez |
| **Accionado:** | Cafesalud EPS-S |
| **Procedencia:**  | Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad |
| **Decisión:**  | Decreta nulidad  |

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, dentro del trámite incidental de desacato promovido por la señora **LUZ NELLY CARDONA LÓPEZ**,quien actúa comoagente oficiosa de **MIGUEL ÁNGEL GALLEGO RODRÍGUEZ**, en contra de **CAFESALUD EPS-S**.

**ANTECEDENTES**

Mediante fallo proferido el 23 de Septiembre de 2016, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tuteló el derecho fundamental a la salud y a la vida de los cuales es titular el señor Miguel Ángel Gallego Rodríguez, y en consecuencia de ello, dispuso en la parte resolutiva de dicho proveído: ***“****SEGUNDO: ORDENAR a Café Salud EPS-S como ente asegurador, a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces, la entrega del OTP PROLIPROPILENO PARA EL PIE DERECHO, ordenado por el médico tratante, así como también garantizar la atención integral en salud, autorizando los procedimientos médicos, quirúrgicos, cuidado pre y post hospitalario, medicamentos, transporte, viáticos, suplementos alimenticios y vitamínicos que el Sr. Miguel Ángel Gallego Rodríguez en razón de su patología, siempre que estos sean ordenados por el médico tratante, evitando dilaciones injustificadas.”*

A pesar de lo anterior, el 23 de enero del presente año, la agente oficiosa del señor Miguel Ángel se acercó al Despacho de conocimiento, donde solicitó iniciar un trámite incidental de desacato en contra de Cafesalud EPS-S, toda vez que se le estaban negando los pañales, pañitos, crema, tapabocas y guantes, la OTP Polibrotileno que le mandaron desde el 12 de septiembre de 2016, así como el servicio de transporte.

En vista de lo anterior el Juzgado de conocimiento mediante auto del día siguiente emitió un requerimiento a la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda, como gerente Regional de Cafesalud EPS-S, y a su superior jerárquico Dr. César Augusto Arroyave Zuluaga, como Representante Legal para efectos Judiciales, para que cada uno dentro del marco de sus funciones hicieran las gestiones pertinentes para el acatamiento del fallo de tutela mencionado.

Teniendo en cuenta que el plazo concedido a la accionada para pronunciarse había culminado, sin que ello ocurriera, se dio apertura formal del incidente de desacato mediante auto del 30 de enero del año avante, 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 dos (2) SMLMV mediante auto del 3 de febrero del presente año, a los Doctores Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda y César Augusto Arroyave Zuluaga, en sus calidades de Gerente Regional en Pereira y Representante Legal para efectos Judiciales, 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**

**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.

**Problema Jurídico**.

Le corresponde determinar a esta Corporación si la decisión 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.

**Solución**.

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.

**Del caso concreto:**

El incidente de desacato se originó con fundamento en la noticia que suministró la agente oficiosa del señor Miguel Ángel al Despacho competente, en el sentido de que Cafesalud EPS no está dando cumplimiento a lo dispuesto dentro de la acción de tutela por medio de la cual se ampararon sus derechos fundamentales a la salud, y a la vida en condiciones dignas.

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 3 de febrero del año en curso, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a los Dres. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda y César Augusto Arroyave Zuluaga, ambos funcionarios de la EPS-S Cafesalud.

En estas precisas condiciones, encuentra la Sala que si bien 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-S Cafesalud por incumplimiento a diferentes decisiones vía tutela; en esas oportunidades se ha reconocido que en efecto, la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda en su calidad de Administradora de Agencia en Pereira, o Gerente Regional del Régimen Subsidiado de dicha EPS, es la persona directamente responsable de dar cumplimiento a las sentencias de tutela proferidas en contra de tal entidad, no obstante, el error radica en la decisión del Juez de primer nivel de requerir como superior jerárquico al Dr. César Augusto Arroyave Zuluaga, quien asume el rol de Gerente de Defensa Judicial de Cafesalud, toda vez que esta Sala ha trazado una postura al respecto, y ha establecido que es el Presidente Nacional de la entidad, actualmente el Dr. Luis Guillermo Vélez Atehortúa, quien ejerciendo sus funciones de Representante Legal, ostenta la superioridad frente a los funcionarios directivos de esa EPS, por estar todos ellos a su cargo y bajo su responsabilidad, sin podérsele endilgar tal compromiso a un funcionario de menor rango.

Así las cosas, y a pesar del evidente incumplimiento al fallo de tutela emitido el 23 de septiembre del presente año por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad en favor del señor Miguel Ángel Gallego Rodríguez, 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 24 de enero de 2017, mediante el cual se dispuso su vinculación, 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, Dr. Luis Guillermo Vélez Atehortúa.

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 24 de enero de 2017, 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

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria