**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***Radicación Nro.*** *: 66001-31-05-003-2015-00148-01*

***Proceso***  *: Incidente de Desacato*

***Accionante***  *: Mercedes Rosa Ortíz agente oficiosa de Fernando Antonio Hurtado Tamayo*

***Accionado*** *: Nueva E.P.S.*

***Juzgado de origen***  *: Tercero Laboral del Circuito de Pereira*

***Providencia***  *: Auto de 2ª instancia*

***Tema*** *:* ***Incidente de desacato:*** *Dentro del trámite incidental debe respetarse el debido proceso y derecho de defensa de todos los intervinientes, especialmente del sancionado, y por ello, la iniciación del incidente de desacato, presupone necesariamente, que a él se hubiere llevado: (i) copia de la actuación o de la sentencia emitida en la acción de tutela de que se trata, (ii) que dentro de la actuación o en la sentencia se imponga una orden a cumplir por un sujeto determinado (iii) la individualización del sujeto y verificación de la notificación que éste recibió respecto de la actuación u orden emitida en su contra, (iv), constatación del plazo o condiciones otorgados y su vencimiento sin que se haya cumplido.*

Pereira, veintinueve (29) de octubre de dos mil quince

Acta Nº \_\_\_ del 29 de octubre de 2015

Procede esta Colegiatura a resolver la consulta de la providencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el día 14 de octubre de 2015, dentro del incidente de desacato tramitado en la acción de tutela que formulara ***Mercedes Rosa Ortíz*** como agente oficiosa de ***Fernando Antonio Hurtado Tamayo*** contra la ***Nueva E.P.S.***

Previamente la Sala integrada por el suscrito ponente y los restantes Magistrados, aprobó el proyecto elaborado, donde se consigna el siguiente

***AUTO:***

*I.* ***ANTECEDENTES***

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 27 de marzo de 2015, amparó los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida, y ordenó a la ***Nueva E.P.S.***, a través de la Gerente Regional Eje Cafetero, doctora María Lorena Serna Montoya, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, autorizara la realización del procedimiento denominado Citoscopia Transuretral y le brindara un tratamiento integral de acuerdo con los problemas de salud derivados de la patología de cáncer que padece y, negó la autorización y entrega de atención domiciliaria, pañales desechables y complementos alimenticios, argumentando que no existía ninguna prescripción médico que los ordenara.

Informado el juzgado sobre el incumplimiento de la orden judicial relativa a la autorización y entrega de algunos servicios e insumos médicos, se inició incidente de desacato, el cual culminó con providencia del 8 de mayo del año que transcurre, con la imposición de la sanción de cinco (5) días de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, a María Lorena Serna Montoya y José Fernando Cardona Uribe, en calidad de Gerente Regional Eje Cafetero y Gerente General de la Nueva E.P.S., respectivamente.

La anterior decisión, fue confirmada por esta Sala de Decisión, mediante providencia del 27 de mayo del año que transcurre, no obstante lo anterior, una vez regresaron las diligencias al juzgado de origen, la EPS accionada acreditó el cumplimiento de lo ordenado, a través de la sentencia de tutela dictada el pasado 27 de marzo, razón por la cual, el 5 de agosto último, la *a-quo,* decidió extinguir y consecuentemente, se abstuvo de ejecutar las sanciones impuestas en contra de los accionados.

Pese a lo anterior, la agente oficiosa del señor Fernando Antonio Hurtado Tamayo, radicó solicitud de apertura de un nuevo trámite incidental, habida cuenta que la Nueva EPS no le había autorizado y/o entregado: pañales Tena resortado talla L; colchón y cojín antiescaras; medicamentos (Pregabalina x 150 gm, Abiraterona x 250 mg; Bicalutamida x 50 mg; Omeprazol x 20 mg; Bisacodilo x 5 mg; Amitriptilina Clorhidrato x 25 mg y Acetaminofén más Codeina Tab 500/15 mg) y; la cita para iniciar quimioterapias.

En consecuencia, se inició el respectivo trámite, el cual culminó con la sanción pecuniaria de cinco (5) SMLMV y privación de la libertad por cinco (5) días, en contra de los mismos funcionarios antes referidos, esto es, María Lorena Serna Montoya y José Fernando Cardona Uribe, la misma que es objeto de consulta ante esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

***Diligencias previas***

Estando el presente asunto en trámite ante esta segunda instancia, la Nueva EPS, allegó escrito por medio del cual informa, que ha entregado y autorizado los procedimientos, medicamentos y servicios que han sido ordenados por los médicos tratantes del afiliado Fernando Antonio Hurtado Tamayo, por lo que, solicita que se revoque la sanción impuesta por la jueza de primer grado (fls. 4 a 19).

*II.* ***CONSIDERACIONES***

I- El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece un procedimiento especial aplicable al específico caso en él contemplado, en cuanto dispone que la persona que incumpla una orden judicial proferida dentro del trámite de un proceso de tutela puede ser sancionada por el mismo juez mediante trámite incidental, consistente en arresto hasta de seis (6) meses y multa de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que se hubiera señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. Contra la decisión que impone tales sanciones y sólo para este evento el legislador de 1991 otorgó el grado jurisdiccional llamado de consulta.

II- Al revisar la constitucionalidad de la referida disposición legal, pregonó la H. Corte Constitucional:

*“a) En primer lugar, resalta la Corte que el artículo 52, parcialmente demandado de inexequibilidad, se refiere a una conducta denominada por el legislador “desacato”, que consiste en incumplir cualquier orden proferida por el juez con base en las facultades que se le otorgan dentro del trámite de la acción de tutela y con ocasión de la misma; dicha orden puede estar contenida en un auto emanado del juez, v.gr. en un auto que ordena pruebas. La facultad del juez de imponer la sanción por el incumplimiento de tal orden, debe entenderse inmersa dentro del contexto de sus poderes disciplinarios, asimilables a los que le concede al juez civil el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil.*

*(....)*

*Ahora bien, el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991, inmediatamente siguiente al que es objeto de la presente demanda, se refiere específicamente al incumplimiento del fallo de tutela, conducta que, al tenor de dicho precepto puede llegar a tipificar el delito de “fraude a resolución judicial ...”*

Los artículos 52 y 53 reseñados son concordantes con el 27 del mismo decreto 2591 de 1991, que se refiere específicamente al cumplimiento del **fallo** por parte de la autoridad responsable del agravio a los derechos fundamentales y que autoriza al juez para sancionar por **desacato** a la persona responsable y eventualmente cumplidos los supuestos que para ello se señalan en la norma, también al superior de aquella.

*“(...) Luego la sana hermenéutica hace concluir que, independientemente de la responsabilidad penal derivada de la tipificación de conductas delictuales como el “fraude a la resolución judicial” que menciona el artículo 52, el incumplimiento del fallo también da lugar a que se configure el “desacato” y que resulten desplegables los poderes disciplinarios del juez. ...”[[1]](#footnote-1).*

III- Se colige de las normas acabadas de referir así como de los pronunciamientos que en torno a las mismas decantó la jurisprudencia Constitucional glosada, que el sujeto de una acción de desacato es una persona específica o puntual, esto es, la persona responsable del agravio a los derechos fundamentales, concepto que trasciende la propia persona jurídica o entidad de derecho público que usualmente es la accionada en Tutela, así se pregone del incidente de desacato, su benefactor carácter persuasivo.

IV- Ha de insistirse, en torno a este tópico, apuntado que la sanción por desacato se erige con cierta abstracción de la persona jurídica a cuyo nombre dejó de obrar el funcionario renuente a cumplir la decisión emitida por el juez de tutela, habida cuenta que como lo señala la ameritada jurisprudencia *“la facultad del juez de imponer la sanción por el incumplimiento de tal orden, debe entenderse inmersa dentro del contexto de sus poderes disciplinarios, asimilables a los que le concede al juez civil el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil”*, poderes disciplinarios que alcanzan sus mayores albores al imponerse la medida de arresto, la cual por razones ontológicas no puede imponerse a los denominados entes morales, por imposibilidad tanto física como jurídica.

V- Desde luego que la mayoría de las veces los incumplimientos a las órdenes emitidas en el curso de la acción Constitucional de Tutela, obedecen a razones institucionales, que no personales del encargado a cumplirlas, empero, la comunicabilidad de la responsabilidad del ente hacia su funcionario, no puede ser a despecho de los más elementales derechos constitucionales fundamentales, pues, resultaría que en la búsqueda de la protección de unos, se infringiría impunemente los derechos de otro sujeto.

VI- En este marco de ideas, la garantía a un debido proceso, núcleo a su vez de otros derechos fundamentales no menos trascendentales como el de defensa, contradicción, publicidad, etc. (art. 29 superior), no estaría plenamente satisfecho si sus reglas rectoras no se cumplieran tanto dentro del trámite de la acción de tutela como en el incidente de desacato y bajo el respeto a la autonomía que cada uno posee en el contexto de la defensa de los derechos fundamentales.

Desde luego, que el juez de tutela mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza (art. 27 dcto. 2591/91).

VII- Así las cosas, el incidente de desacato es el escenario adecuado en orden a que se le rodeen al sancionado de todas las garantías emanadas del núcleo central que compone el derecho constitucional a un debido proceso. Por lo tanto, la iniciación del incidente de desacato, presupone necesariamente, que a él se hubiere llevado: ***i)*** copia de la actuación o de la sentencia emitida en la acción de tutela de que se trata, ***ii)*** que dentro de la actuación o en la sentencia se imponga una orden a cumplir por un sujeto determinado ***iii)*** la individualización del sujeto y la verificación de la notificación de que éste recibió la orden emitida en su contra, ***iv)***constatación del plazo o condiciones otorgados y su vencimiento sin que se haya cumplido.

Satisfechos aquellos requisitos el juez le imprimirá a la solicitud el trámite previsto para los incidentes en el código de procedimiento civil.

En el *sub-lite,* se tiene que a través de la sentencia de tutela, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, ordenó a la Nueva EPS, brindar al señor Fernando Antonio Hurtado Tamayo el tratamiento integral, de acuerdo *“a sus problemas de salud derivados de la patología de cáncer que lo agobia”* (fls. 2 a 6).

De suerte que, conforme al documentos arrimado por la Nueva E.P.S. a esta Sala de Decisión, podría concluirse, en principio, que dicha entidad atendió la orden constitucional proferida el pasado 27 de marzo, sin embargo, al confirmar dicha información con la agente oficiosa, ésta indicó que efectivamente la accionada había entregado: la crema lubriderm; el colchón antiescaras; los pañales desechables para adultos talla L; los pañitos húmedos; los medicamentos prescritos, salvo, el Acetaminofen más Codeina y; refirió que el cojín antiescaras para la silla de ruedas, si bien había sido autorizado, aún no se lo habían entregado.

Así las cosas, como las fórmulas médicas, por medio de las cuales se prescribió el medicamento referido –Acetaminofen más Codeina-, el cual tiene como finalidad disminuir los fuertes dolores que padece el agenciado a causa de su patología y, la que ordenó la entrega del cojín antiescaras, fueron puestas en conocimiento tanto de la Gerente Regional del Eje Cafetero como del Gerente General de la Nueva EPS, en virtud del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, dentro del presente trámite incidental, sin que se hubiera logrado la entrega de los mismos, según lo informado por la señora Mercedes Rosa Ortíz, no queda otro camino que confirmar la sanción impuesta a los referidos funcionarios, tras haberse constatado el cumplimiento de la garantía al debido proceso de cada uno de ellos, de la manera explicada en parte supra.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,**

***RESUELVE:***

***1º. Confirmar*** la sanción de arresto de cinco (5) días y pecuniaria equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, impuesta por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, por medio de providencia del 14 de octubre de 2015 a la doctora María Lorena Serna Montoya y al doctor José Fernando Cardona Uribe, en sus calidades de Gerente Regional Eje Cafetero y Gerente General de la Nueva E.P.S., en su orden.

***2º.* *Comunicar*** a los interesados en la forma prevista por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

***3º. Devolver*** la actuación al despacho de origen para lo de su cargo.

***Notifíquese y cúmplase.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

En uso de permiso

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

1. Sentencia C-243 de mayo 30 de 1996. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Rev. J Y D. T. XXV, ps. 1000 a 1003. [↑](#footnote-ref-1)