**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***Radicación Nro.*** *: 66001-31-05-003-2015-00153-02*

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

***Accionante***  *: Andrés Mauricio Gil Castaño – Defensor de Familia en representación del menor Mathius*

*Fernan Osorio Agudelo*

***Accionado*** *: Asmet Salud EPS-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, dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis

Acta Nº \_\_\_ del 16 de septiembre de 2016

Procede esta Colegiatura a resolver la consulta de la providencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el día 6 de septiembre de 2016, dentro del incidente de desacato tramitado en la acción de tutela que formulara el *Defensor de Familia Andrés Mauricio Gil Castaño* en representación del menor *Mathius Fernan Osorio Agudelo* contra *Asmet Salud E.P.S.-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 esta ciudad, mediante fallo del 07 de abril de 2015, amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor Mathius Fernan, y ordenó a Asmet Salud EPS-S la entrega de pañales y crema antipañalitis, así como el tratamiento integral que requiera su padecimiento de salud. Tal decisión fue confirmada por esta Sala de Decisión, con providencia del 26 de mayo de 2015.

Por medio de escrito, el accionante indica que si bien la entidad ha estado brindando la atención médica al menor y le ha autorizado los exámenes necesarios para garantizar su salud y en general su derecho a la vida, algunos de esos exámenes, específicamente el de Faringografía y Esofagograma con cine o video estudio de deglusión, deben ser realizados en la ciudad de Bogotá, pero la entidad se niega a suministrarle el transporte, aduciendo que no se encuentra dentro del pos.

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 del Dr. Gustavo Adolfo Aguilar Vivas en su calidad de Gerente General o Presidente de la entidad, y de Claudia Yaneth Velásquez Gómez en su condición de Gerente Regional Eje Cafetero de Asmet Salud EPSS.

*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 de primer grado dio una orden clara a la entidad e salud, no solo de entregar unos elementos al menor Osorio Agudelo, como pañales y crema antipañalitis, sino que también dispuso el tratamiento integral para la afección que padece (encefalopatía por hipoxia isquémica cerebral severa y síndrome convulsivo).

En este caso, es preciso indicar que el alcance del fallo de tutela, al ordenar la prestación del tratamiento integral al menor, incluye el suministro de transporte y traslado del paciente y un acompañante, pues debido a las especiales condiciones que presenta el menor, dicha prestación se hace necesaria y urgente para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud del paciente, pues de lo contrario, su negativa se convertiría en un obstáculo para acceder al servicio de salud de manera adecuada y digna.

Bajo ese entendido, tal como lo ha dispuesto el órgano de cierre constitucional, el servicio de transporte y de traslado de pacientes hacen parte de los contenidos del POS, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, considerando que se trata de una prestación claramente exigible, y de la cual, se itera, depende el goce efectivo del derecho fundamental de la salud del menor.

Todo lo anterior evidencia que la entidad ha estado renuente al cumplimiento pleno de la sentencia de tutela.

El trámite incidental se observó respetuoso de las garantías fundamentales de las personas sancionadas, pues tuvieron la posibilidad de argüir las exculpativas necesarias, aportar pruebas y rebatir las esgrimidas y, en general estuvieron debidamente informados de las diferentes decisiones y actuaciones surtidas, además de haberse agotado el trámite preliminar establecido en el canon 27 del Decreto 2591 de 1991, sin obtener respuesta oportuna.

Por lo tanto, se observa que la sanción impuesta está amparada por el principio de legalidad y debe avalarse por esta instancia, por ser además proporcional al desacato cometido.

 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 6 de septiembre de 2016 al Dr. Gustavo Adolfo Aguilar Vivas en su calidad de Gerente General o Presidente de Asmet Salud EPSS y Claudia Yaneth Velásquez Gómez en su condición de Gerente Regional Eje Cafetero de Asmet Salud EPSS.

  *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 OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario

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)