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 de Tutela – Incidente de desacato en el grado de consulta – 28 de febrero de 2017

Radicación Nro. : 66001-31-03-004-2015-00277-02

Accionante: RUBÉN DARÍO GÓMEZ ZULETA (En representación de su hijo)

Accionados:      NUEVA EPAS SA

Proceso:                 Acción de Tutela – Revoca sanción impuesta y declara cumplida la orden impartida

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS / ORDEN CUMPLIDA.** “El recuento procesal, deja al ver al despacho, sin que no sea reprochable a la entidad de salud, los múltiples tropiezos para que el menor Rubén David tenga en forma sincronizada los servicios que requiere para acudir a cada una de sus terapias en la ciudad de Bogotá, que en verdad la EPS ha actuado en pro de acatar el fallo de tutela, pues en momento alguno ha puesto de presente una negación a brindar dichos servicios a su afiliado y no puede endilgársele entonces, negligencia o desdén en su actuar, para así el juez de tutela dejar caer sobre aquel las sanciones del caso. De otro lado, se observa que el progenitor del niño pide al despacho se exija el cabal cumplimiento del fallo, en cuanto a que el mismo dispuso reserva hotelera, no albergue y que el transporte interno no sea un servicio colectivo; frente a ello hay que decir que verificada la orden dada en la sentencia objeto de desacato, esto es de fecha 17 de junio de 2015, dispuso *“Autorizar los viáticos de ida y regreso a la ciudad que disponga la EPS, para realizar los tratamientos, con acompañante, recordando que dichos viáticos incluyen transporte de ida y regreso, alojamiento y alimentación para el menor y su acompañante”;* en momento alguno especifica la clase de hospedaje y transporte interno y al fallo a que hace alusión el progenitor y del que este despacho aporta copia íntegra, la orden se dirigió concretamente a que el “*transporte que debe brindarse al accionante y a su acompañante debe ser aéreo”* (fl. 70 a 74 íd)*.* De tal forma que las exigencias que pone de presente el señor Rubén Darío Gómez Zuleta, no pueden ser objeto de sanción, ya que, se repite el fallo del que se reclama su acatamiento no contiene las órdenes a que el incidentante alude. Dentro de este contexto, la Sala, revocará el auto de fecha 11 de noviembre de 2016, por medio del cual se impuso sanción de arresto y multa (…)”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala Civil Familia Unitaria

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 66001-31-03-004-2015-00277-02

**I. ASUNTO.-**

Se pronuncia la Sala en grado de consulta, sobre el incidente de desacato promovido por RUBÉN DARÍO GÓMEZ ZULETA quien actúa en representación de su menor hijo RUBÉN DAVID GÓMEZ GUTIERREZ, contra la NUEVA EPS S.A.

**II. ANTECEDENTES**

1. Mediante fallo de tutela del 17 de junio de 2015, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, amparó los derechos fundamentales del niño RUBÉN DAVID GÓMEZ GUTIÉRREZ y ordenó a la NUEVA EPS, entre otros servicios, *“Autorizar los viáticos de ida y regreso a la ciudad que disponga la EPS, para realizarse los tratamientos, con acompañante, recordando que dichos viáticos incluyen transporte ida y regreso, alojamiento y alimentación para el menor y su acompañante.”* (fl. 3-12 Cd. Desacato).

2. El día 1 de septiembre de 2016, el citado tutelante, formuló incidente de desacato por incumplimiento a la sentencia que protegió los derechos de su hijo; señaló que la Nueva EPS no ha realizado los trámites necesarios para garantizar el servicio de salud que dispuso el médico tratante consistente en terapia física integral autorizadas por la misma entidad de salud, para ser practicadas en el Instituto Roosevelt en Bogotá, por cuanto en esta ciudad no hay esa especialidad (fl. 1-2 íd).

3. Procedió entonces la *a quo* a requerir a la representante legal Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS, para que obedeciera lo dispuesto en el fallo de tutela exigido (fl. 21 íd), notificación efectuada a la doctora María Lorena Serna Montoya, quien se pronunció en el sentido de haber acatado lo dispuesto por la falladora. Anexa autorización del servicio requerido y pantallazo de los tiquetes aéreos hacia la ciudad de Bogotá (fl. 26-34 íd).

En seguida se pronunció el progenitor del menor, señalando que lo aducido por la entidad de salud no era cierto, pues acudió en varias ocasiones hasta sus instalaciones y le informaron no habían autorizado los viáticos, por tanto no fue posible asistir a las terapias programas en el Instituto Roosvelt, donde además a la segunda cancelación de la cita suprimen toda la agenda (fl. 35-45 íd).

4. Luego, por auto del 27 de septiembre último, se declaró la apertura del trámite incidental en contra de la requerida, concediéndole el plazo de 3 días para el ejercicio de su derecho de defensa, que culminó en silencio. Apertura que sin motivo alguno se produjo de nuevo por auto del 5 de octubre de 2016 (fl. 46, 51).

5. Nuevamente interviene la entidad de salud, afirmando que los servicios habían sido autorizados oportunamente, de lo que anexa soporte y agrega que al establecer comunicación con el Instituto Roosevelt el día 30-09-2016, les informaron que el padre del niño canceló la programación, argumentando que la Nueva EPS no autorizó oportunamente los viáticos (fl. 56-63 íd), de tal manera que la EPS, está garantizando la cobertura de servicios dentro de la red contratada, siendo el mero capricho del agente oficio del menor cancelar la programación de las terapias, así como el transporte aéreo. Pide el archivo del trámite incidental.

6. En esta ocasión se pronuncia el padre del niño Rubén David, mostrando su inconformidad con la nueva programación de viajes a Bogotá, cuestiona se hiciera sin consulta a los progenitores y que deban permanecer los demás días en esa ciudad, cuando las terapias solo son los jueves y viernes, así como el tipo de hospedaje brindado, dice, eran hospedados en un hotel y ahora los remiten a un albergue (fl. 67-68íd).

7. Sin más actuaciones, con proveído del 11 de noviembre de 2016 el juzgado adoptó decisión de fondo, declaró que se ha incurrido en desacato a la sentencia proferida el 17 de junio de 2015, e impuso en contra de la citada funcionaria diez (10) días de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales (fls. 92-94 íd).

**III. CONSIDERACIONES**

1. El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. Este trámite está regulado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

2. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltandoque, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos[[1]](#footnote-1).

3. Dada la naturaleza especial que tiene el incidente de desacato, el tema se limita a examinar si la orden emitida por el juez de tutela para la protección del derecho fundamental, fue o no cumplida en la forma allí señalada.

En este orden de ideas, la autoridad judicial que decide el desacato debe limitarse a verificar: (1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa, o si efectivamente 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.

4. De otro lado, siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela.

Sobre el particular la alta Corporación ha señalado:

***“30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respetivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos******[[42]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-512-11.htm" \l "_ftn42" \o ").’***

***31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.***

***(…)******”[[2]](#footnote-2)*** (Subrayas fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, también ha precisado que, en el momento de analizar si existió o no desacato, deben tenerse en cuenta situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad, aclarando que no puede imponerse sanción cuando: *“(i) la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y, (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo[[3]](#footnote-3)”.*

Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable a los hechos.

**IV. EL CASO CONCRETO**

1. Se observa que en el tema sometido a consideración de esta Sala por vía consultiva, el despacho judicial de primera sede, instó a la Representante Legal en el Eje Cafetero de la NUEVA EPS para que procediera a dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela, notificación que se surtió con la doctora María Lorena Serna Montoya; luego de lo cual procedió a dar apertura al incidente de desacato contra la citada, concediéndole 3 días para el ejercicio de su derecho de defensa.

2. Finalmente, el 20 de octubre hogaño*,* declaró la funcionaria judicial que la citada Gerente Regional Eje Cafetero de la NUEVA EPS, incurrió en desacato al fallo de tutela del 17 de junio de 2015, e impuso en su contra sanciones de diez (10) días arresto y diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes; al encontrar que el fallo de tutela no ha sido cumplido cabalmente.

3. Estando el asunto en la etapa jurisdiccional de consulta, la apoderada judicial de la entidad castigada, insiste en que ha acatado el fallo de tutela; ha autorizado de manera oportuna los viáticos y transporte, incluso teniendo en cuenta que el paciente debe asistir a terapias continuas gestionó un mes seguido; pero los padres del niño son quienes han dificultado el acceso a dicho tratamiento, inicialmente porque no podían asistir en los días programados, luego por la premura de éstas y finalmente se tramitó un mes prolongado de hospedaje y alimentación, pero de nuevo el padre no acepta. Por ello, reclama la ausencia de responsabilidad subjetiva de su parte, como elemento esencial para imponer sanción por desacato, aunado a que la impuesta en esta causa, luce desproporcionada (fl. 4 a 20 Cd. Consulta).

4. Intervino el padre del niño, pide se confirme la sanción, toda vez que no ha sido autorizado el servicio de urología pediátrica y la reserva y tarifa hotelera, no albergue. Más adelante se queja de que el examen de Electromiografía no haya sido autorizado para el Instituto Roosevelt, sino para la Liga Contra el Cáncer donde le reportan tienen agenda solo en enero (fls. 21-27 íd).

5. Enseguida, la entidad promotora de salud, se pronuncia, para dar cuenta de todos y cada uno de los servicios que tiene autorizados el menor Rubén David Gómez, como son traslado a la ciudad de Bogotá, consulta por Urología, evaluación funcional motora, terapias físicas e incluso explica que el examen dado para la liga contra el cáncer fue programado para el 14 de enero ya que el infante debía viajar a Bogotá el día 15, pero el padre no tomó la cita por considerarla “muy encima”, reacción que dice no comprende ya que la prioridad debe ser el niño. Con todo ello afirma ha materializado el cumplimiento de la sentencia de tutela y reclama el hecho superado, (fls. 28-39 íd).

6. Luego el padre del infante, pone de presente que el 8 de febrero viajó a Bogotá, para asistir a las terapias, pero allí nadie lo recogió y que el lugar indicado para el hospedaje era un albergue, además de que aún el boucher por alimentación y traslado interno no se encontraba listo, ante tal situación no tomó el servicio y tuvo que amanecer en el aeropuerto (fls. 42-47 íd).

Más adelante mediante derecho de petición solicita se cumpla y respete el fallo como fue dado por los magistrados Jaime Alberto Saraza Naranjo, Claudia María Arcila Ríos y Fernán Camilo Valencia, se respete la reserva hotelera, no albergue, el trasporte interno del niño a sus terapias, no servicio colectivo en pro de los derechos del niño que aún se encuentra en tratamiento, pues en tal forma no se brindaron en el proceso de las últimas terapias a las que acudieron en este mes (fls. 64-65 íd).

7. En vista de las múltiples situaciones ocurridas alrededor del servicio de salud que requiere el menor Rubén David, este despacho ofició al Instituto de Bienestar Familia, a fin de que se valorara la situación actual de éste, para un posible restablecimiento de sus derechos (fl. 40 íd).

8. El recuento procesal, deja al ver al despacho, sin que no sea reprochable a la entidad de salud, los múltiples tropiezos para que el menor Rubén David tenga en forma sincronizada los servicios que requiere para acudir a cada una de sus terapias en la ciudad de Bogotá, que en verdad la EPS ha actuado en pro de acatar el fallo de tutela, pues en momento alguno ha puesto de presente una negación a brindar dichos servicios a su afiliado y no puede endilgársele entonces, negligencia o desdén en su actuar, para así el juez de tutela dejar caer sobre aquel las sanciones del caso.

De otro lado, se observa que el progenitor del niño pide al despacho se exija el cabal cumplimiento del fallo, en cuanto a que el mismo dispuso reserva hotelera, no albergue y que el transporte interno no sea un servicio colectivo; frente a ello hay que decir que verificada la orden dada en la sentencia objeto de desacato, esto es de fecha 17 de junio de 2015, dispuso *“Autorizar los viáticos de ida y regreso a la ciudad que disponga la EPS, para realizar los tratamientos, con acompañante, recordando que dichos viáticos incluyen transporte de ida y regreso, alojamiento y alimentación para el menor y su acompañante”;* en momento alguno especifica la clase de hospedaje y transporte interno y al fallo a que hace alusión el progenitor y del que este despacho aporta copia íntegra, la orden se dirigió concretamente a que el “*transporte que debe brindarse al accionante y a su acompañante debe ser aéreo”* (fl. 70 a 74 íd)*.*

De tal forma que las exigencias que pone de presente el señor Rubén Darío Gómez Zuleta, no pueden ser objeto de sanción, ya que, se repite el fallo del que se reclama su acatamiento no contiene las órdenes a que el incidentante alude.

9. Dentro de este contexto, la Sala, revocará el auto de fecha 11 de noviembre de 2016, por medio del cual se impuso sanción de arresto y multa a la doctora María Lorena Serna Montoya en su calidad de representante legal de la NUEVA EPS, pues como lo tiene dicho la Corte Constitucional: *“(…) el incidente de desacato es un mecanismo sancionatorio que procura obtener de forma persuasiva, el cumplimiento de la orden de tutela, pero no constituye un fin en sí mismo.”*[[4]](#footnote-4)

Situación que no exonera a la entidad promotora de salud para que continúe con la prestación de los servicios requeridos por el niño Rubén David Gómez Gutiérrez en aras de culminar su proceso de rehabilitación, como lo ordenó el juez de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Civil Familia,

**Resuelve:**

**Primero**: **Revocar** las sanciones impuestas, mediante el auto calendado el 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad y **declarar** que se cumplió la orden impartida por ese estrado judicial.

**Segundo:** Comunicar a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Tercero**: Devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase,

El Magistrado,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICA POR ESTADO DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. Ver sentencia T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-512 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver Sentencias T-1113 y T-368 de 2005 [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 de 2003. [↑](#footnote-ref-4)