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 – 21 de marzo de 2017

Radicación Nro. : 66001-31-03-003-2015-00319-01

Accionante: GILDARDO GONZÁLEZ

Accionados:      NUEVA EPS

Proceso:                 Acción de Tutela – Confirma las sanciones impuestas

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA ENFERMEDAD / ORDEN INCUMPLIDA.** “[S]i bien la entidad de salud acusada, luego del auto sancionatorio, se pronunció en el sentido de indicar que no está incumpliendo orden alguna, pues ha realizado todo lo necesario para atender las necesidades de su afiliado; que lo requerido se trata de una exclusión expresa del POS, al ser un servicio que no es propio del ámbito de salud, aunado a que no está contenido en el fallo de tutela, pues dice, para ese entonces su patología visual no se encontraba definida y la acción de tutela tuvo su origen en la necesidad de una valoración por Retinología; lo cierto es que, la sentencia dispuso el tratamiento integral para la patología visual que presentare el señor Gildardo González como resultado de sus valoraciones, mandato que no fue cuestionado por la entidad de salud en su momento. Además, así se tratare de una exclusión del POS, que se argumenta al no estar expresamente ordenado en el fallo de tutela, no se obtendrá su reembolso, no resulta un argumento válido; pues como lo ha señalado la Corte Constitucional para su recobro no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios de que se trate. (…)En vista de ello, no se equivocó el juez constitucional al deducir la responsabilidad y las sanciones impuestas, que se hallan adecuadas, proporcionadas y razonables a los hechos.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, veintiuno (21) marzo de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 66001-31-03-003-2015-00319-01

**I. Asunto**

Decide la Sala el grado de consulta de la decisión proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira el 29 de noviembre último, que resolvió el incidente de desacato promovido por el señor GILDARDO GONZÁLEZ, contra la NUEVA EPS, en el trámite de la acción de tutela instaurada respecto de dicha entidad.

**II. Antecedentes**

1. El 4 de octubre pasado, la tutelante presenta escrito informando que la NUEVA EPS ha incumplido con el fallo de tutela, en relación con el tratamiento integral toda vez que el pasado 6 de septiembre le fue ordenado por su oftalmólogo “*1) TELESCOPIO BIN 2.1. X CANTIDAD 1.2). MAGNIFICADOR LED 7X CANTIDAD 1.”;* pero la entidad se niega a suministrarlo.

2. A entender del juzgado de primera instancia, el quejoso reclamaba el cumplimiento del fallo, que dispuso a la Nueva EPS brindarle el tratamiento integral respecto de su patología y procedió a instar a la Gerente Regional del Eje Cafetero doctora María Lorena Serna Montoya, para que en el término de 48 horas, dé respuesta a lo requerido, que culminaron en silencio. Requerimiento que se hizo nuevamente sin pronunciamiento alguno.

3. Para el 16 de noviembre pasado, la operadora judicial, abre el incidente por desacato a la orden judicial, en contra de la obligada, dispone su notificación y traslado por 3 días para que se pronuncie sobre el asunto reclamado.

4. Finalmente, el día 29 del mismo mes, resolvió declarar que la intimada incurrió en desacato a la tutela del 15 de julio de 2015, emitida por ese despacho judicial, a quien sancionó con arresto de 5 días y multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. Al tenor de lo normado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitucional Nacional, se envió el expediente a esta Sala de Decisión a efecto de que se cumpla aquí, por vía de consulta, el control de legalidad de las sanciones.

**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. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado que *“en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor[[2]](#footnote-2)”.*

4. 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.

5. Además, es obligación del juez garantizar los derechos al debido proceso y de defensa de la persona contra quien se ejerce, en virtud de lo cual deberá: *“(1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa, (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior[[3]](#footnote-3)”.*

6. En el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional 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[[4]](#footnote-4)”.*

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

**IV. El caso concreto**

1. Con fundamento en lo anterior y con el marcado propósito de establecer o evidenciar si existió o no desacato en relación con la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito local el 15 de julio de 2015, en el proceso de tutela que entabló el ciudadano Gildardo González, es preciso efectuar un cotejo entre esa concreta decisión y la supuesta omisión que se le reprocha a la autoridad accionada.

2. En el mentado proveído se ordenó al Representante Legal NUEVA EPS, brindar al accionante, *“todo el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiere el afectado (…), los que comprenden citas con especialistas, cirugías, medicamentos, viáticos necesarios y los demás que sean ordenados por sus médicos tratantes, siempre y cuando se relacionen o deriven de la patología que motivó la presente acción de tutela, y que permanezca afiliado a esa entidad.”;* que según los hechos de la demanda, se trata de su salud visual por “*Degeneración de la Macula y del Polo Posterior del ojo”*

3. Se puede verificar que se individualizó la funcionaria que le compete el acatamiento de lo dispuesto en el fallo de tutela reclamado, a quien el despacho judicial instó para su obedecimiento y con quien bajo su conocimiento se adelantaron las demás diligencias dentro del presente trámite. El término otorgado para ejecutar la orden fue de 48 horas contadas a partir de su notificación, el que hoy se encuentra superado y no hay constancia en el expediente que hasta la fecha se haya cumplido.

Y aquí vale la pena precisar, que si bien la entidad de salud acusada, luego del auto sancionatorio, se pronunció en el sentido de indicar que no está incumpliendo orden alguna, pues ha realizado todo lo necesario para atender las necesidades de su afiliado; que lo requerido se trata de una exclusión expresa del POS, al ser un servicio que no es propio del ámbito de salud, aunado a que no está contenido en el fallo de tutela, pues dice, para ese entonces su patología visual no se encontraba definida y la acción de tutela tuvo su origen en la necesidad de una valoración por Retinología; lo cierto es que, la sentencia dispuso el tratamiento integral para la patología visual que presentare el señor Gildardo González como resultado de sus valoraciones, mandato que no fue cuestionado por la entidad de salud en su momento.

Además, así se tratare de una exclusión del POS, que se argumenta al no estar expresamente ordenado en el fallo de tutela, no se obtendrá su reembolso, no resulta un argumento válido; pues como lo ha señalado la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) para su recobro no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios de que se trate.

4. Aclarado lo anterior, solo hay que agregar, que la Sala encuentra que el juez constitucional garantizó los derechos al debido proceso y de defensa de quien representa la Gerencia de Sucursal de la Nueva EPS Regional Eje Cafetero; sin que existan situaciones exonerativas de responsabilidad, a quien en verdad le asiste el deber de suministrar en pro del tratamiento integral dispuesto, el servicio de “*1) TELESCOPIO BIN 2.1. X CANTIDAD 1.2). MAGNIFICADOR LED 7X CANTIDAD 1.”.*

5. En vista de ello, no se equivocó el juez constitucional al deducir la responsabilidad y las sanciones impuestas, que se hallan adecuadas, proporcionadas y razonables a los hechos.

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

**Primero:** Confirmar las sanciones impuestas a la doctora María Lorena Serna Montoya en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero doctora, en auto calendado el 29 de noviembre de 2016 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad.

**Segundo:** Devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Ver sentencia T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibídem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver Sentencia T-459 de 2003. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Sentencias T-1113 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. T-727 de 2011, con ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo “De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutiva del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto”. [↑](#footnote-ref-5)