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 la respectiva Sala.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Radicación Nro.** : 66170-31-05-001-2017-00128-01

**Proceso**  : Incidente de Desacato

**Accionante**  : Nubia Arias de Giraldo representada a través de agente oficioso

**Accionado** : Medimas EPS S.A.S.

Juzgado de origen : Laboral del Circuito de Dosquebradas

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, once de diciembre de dos mil diecisiete

Acta Nº \_\_\_ del 11 de diciembre de 2017

Procede esta Colegiatura a resolver la consulta de la providencia dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, el día 27 de noviembre de los corrientes, dentro del incidente de desacato tramitado en la acción de tutela que formulara la señora Nubia Arias de Giraldo, quien actúa a través de agente oficioso contra Medimas EPS S.A.S.

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

*AUTO:*

*I. ANTECEDENTES*

 El Juzgado Laboral del Circuito de Pereira mediante fallo del 8 de mayo del año en curso, amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, integridad personal y continuidad en la prestación del servicio de la señora Nubia Arias de Giraldo, y en consecuencia, ordenó a Cafesalud EPS -S, por intermedio de la administradora de la agencia de Pereira, Dra. Victoria Eugenia Aristizabal Marulanda, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia, autorice y garantice la prestación de los servicios médicos ordenados a la accionante por su médico tratante, fls.8-10.

Luego de que el hijo de la accionante informara vía telefónica sobre el incumplimiento del fallo, el juzgado de conocimiento antes de dar apertura al incidente de desacato resolvió mediante auto del 13 de octubre de 2017, comunicar a Medimas EPS de la existencia del fallo de tutela antes referido, y darle el termino de 48 horas para su cumplimiento, informándole al representante legal de dicha entidad que debía dar cumplimiento a lo allí ordenado, ver folio 3.

Ante el silencio del funcionario requerido, a través de auto de 1º de noviembre de los corrientes, se ordenó oficiar al superior jerárquico, Presidente de la misma EPS, Néstor Orlando Arenas Fonseca, para que hiciera cumplir el fallo de tutela a través del Representante Legal y Judicial de Medimás EPS, y le iniciara el correspondiente proceso disciplinario.

Posteriormente, dado que ninguno de los requeridos se pronunció al respecto, el juzgado inició el respectivo trámite incidental, el cual culminó con la sanción pecuniaria de dos (2) SMLMV y privación de la libertad por dos (2) días a Julio César Rojas Padilla, representante legal judicial y a Néstor Orlando Arenas Fonseca, en calidad de Gerente General y Representante Legal de Medimas EPS S.A.S.

*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,* a través de la sentencia de tutela, el Juzgado de primer grado ordenó a Cafesalud EPS S.A. a través de la administradora de agencia en Pereira, que en el término de 48 horas contadas a partir de su notificación, autorice y garantice la prestación de los servicios médicos ordenados a la señora Nubia Arias de Giraldo, consistentes en: una tomografía óptica coherente de nervio óptico de ambos ojos; Campimetría 24-2 de ambos ojos; Paquimetría de ambos ojos; valoración con la especialista en glaucoma, Dra. Alejandra Bohórquez, así como con los especialistas en oculoplastia y optometría.

Si bien la orden de tutela fue dada a Cafesalud EPS, es del caso precisar que conforme a la Resolución No. 2426 de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aceptó la cesión de habilitación de la totalidad de afiliados de dicha entidad a Medimas EPS S.A.S., por lo que en concordancia con el Decreto 780 de 2016, a partir del 1º de agosto de 20174 Medimas EPS S.A.S. asumió plenamente el aseguramiento de los usuarios que se encontraban afiliados a Cafesalud EPS y que gozaban de protección constitución a su favor por fallo de tutela.

Ahora bien, conforme a las documentos que obran en la actuación, encuentra la Sala que el trámite incidental adelantado contra el Representante Legal Judicial y el Presidente y Representente Legal de Medimas EPS S.A.S, fue respetuoso de las garantías fundamentales de las personas sancionadas,pues éstos tuvieron la posibilidad de conocer la orden contenida en el fallo de tutela, de argüir las exculpativas necesarias, de 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 que a pesar de los diferentes requerimientos, se lograra pronunciamiento alguno.

Por lo tanto, se observa que la sanción impuesta está amparada por el principio de legalidad y debe avalarse por esta instancia, pues no se acreditó en esta instancia el cumplimiento del fallo de tutela, amén de que es reprochable la conducta negligente y desidiosa que ha tomado la entidad accionada respecto a la prestación de los servicios de salud que requiere la accionante.

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

*RESUELVE:*

 *1º. Confirmar* la sanción de arresto de dos (2) días y pecuniaria equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, impuesta por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, mediante providencia del 27 de noviembre de 2017 a Julio César Rojas Padilla, en calidad de Representante Legal Judicial y a Néstor Orlando Arenas Fonseca, en calidad de Gerente General y Representante Legal de Medimas EPS S.A.S.

  *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)