**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-004-2017-00359-02

**Proceso**  : Incidente de Desacato

**Accionante**  : Juan Pablo García Cortes

**Accionado** : Nueva EPS

Juzgado de origen : Cuarto 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, veinte de febrero de dos mil dieciocho

Acta Nº \_\_\_ del 20 de febrero de 2018

Procede esta Colegiatura a resolver la consulta de la providencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, el día 12 de febrero de los corrientes, dentro del incidente de desacato tramitado en la acción de tutela que formulara el joven Juan Pablo García Cortés contra la Nueva EPS SA.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Pereira mediante fallo del 23 de agosto de 2017, amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del joven Juan Pablo García Cortes, y en consecuencia, ordenó a la Nueva EPS que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación del fallo procediera a autorizar el procedimiento denominado “Tratamiento de ortodoncia pre-quirúrgica + cirugía maxilofacial + tratamiento de ortodoncia pos-quirúrgica” requerida por el accionante y a garantizarle la continuidad en la prestación del servicio, según lo disponga el médico tratante. Tal decisión fue adicionada por esta Sala de Decisión, en el sentido de ordenar a la Nueva EPS, a través del galeno, realizar concomitantemente con la prestación del servicio ordenado, el trámite correspondiente ante el Ministerio de Salud y Protección Social conforme a lo indicado en la Resolución No. 1328 de 2016, sin que ello pueda usarse como excusa para negar o retardar el servicio de salud al accionante (ver fls.3 a 10 Cdno. 1º Inst.)

Por medio de escrito calendado el 7 de diciembre del año anterior, el accionante informó sobre el incumplimiento del fallo de tutela, motivo por el cual el juzgado de conocimiento antes de dar apertura al incidente de desacato requirió a la Gerente Regional Eje Cafetero de la entidad, María Lorena Serna Montoya, otorgándole el término de dos (2) días para dar cumplimiento a la orden, ver folio 13.

Ante el silencio de esa funcionaria, a través de auto de auto del 15 de enero del presente año, ordenó oficiar al superior jerárquico de aquella, doctor José Fernando Cardona Uribe en calidad de Presidente de la entidad accionada, para que le hiciera cumplir el fallo a subordinada y le iniciara el correspondiente proceso disciplinario.

Mediante oficio del 18 de enero último, la entidad accionada a través del representante judicial, allegó respuesta indicando que no existen soportes médicos vigentes para dar cumplimiento al fallo de tutela, razón por la que solicitó al despacho abstenerse de continuar con el trámite incidental.

Ante la negativa de la entidad en el cumplimiento del fallo de tutela, 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 los funcionarios antes referidos.

*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 la Nueva EPS S.A., autorizar el procedimiento “Tratamiento de ortodoncia pre-quirúrgica + cirugía maxilofacial + tratamiento de ortodoncia pos-quirúrgica”, y a realizar a través del galeno, de manera concomitante con la prestación del servicio, los trámites que correspondan en el aplicativo de MIPRES conforme a lo indicado en la Resolución No. 1328 de 2010, por tratarse de un procedimiento no incluido en el Plan de Beneficios de Salud.

Conforme a las documentos que obran en la actuación, encuentra la Sala que el trámite incidental adelantado contra la Directora Territorial de la Regional Risaralda, María Lorena Serna Montoya, y el Presidente de la Nueva EPS S.A., José Fernando Cardona Uribe, 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 razones 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.

Ahora bien, como argumentos para el incumplimiento del fallo de tutela la entidad aduce la inexistencia de órdenes médicas vigentes que tengan carácter vinculante para la realización del tratamiento del paciente. Al respecto, la Sala considera que dicho argumento no es de recibo por las siguientes razones:

1. esa circunstancia fue tenida en cuenta por la juez constitucional al momento de proferir el fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales del accionante, pues en la parte motiva de la decisión de primer grado se indicó que la existencia de orden médica para la prestación de los servicios médicos invocados, se derivaba de la decisión que emitió el Comité Técnico Científico de negar el procedimiento por no cobertura del Pos. Adicionalmente, se concluyó en dicha providencia que era innecesario que el accionante solicitara nuevas citas y valoraciones para lograr la autorización del procedimiento que le ha sido prescrito desde el 02.05.2016, según concepto de la ortodoncista Angie Bastamente;
2. de la historia clínica del paciente y que fue allegada a esta segunda instancia en forma incompleta, se colige que desde enero de 2017 los especialistas han determinado como plan de tratamiento a la patogía que presenta el accionante, el abordaje ortodoncico quirúrgico que implica iniciar el tratamiento con la coordinación de los arcos dentales, para posteriormente realizar cirugía ortognática (maxilofacial), y finalmente concluir el tratamiento de ortodoncia.
3. El fallo de segunda instancia adicionó la decisión en el sentido de indicar que es la entidad accionada y no el usuario, a quien corresponde adelantar a través del médico tratante, los trámites y diligencias pertinentes para garantizar la prestación de los procedimientos, medicamentos o servicios no incluidos en el POS, conforme a lo indicado en la Resolución No. 1328 de 2016, por lo que la Nueva EPS debía adelantar dicho trámite en forma concomitante con la prestación del servicio ordenada, sin que ello pudiera usarse como excusa para negar o retardar el servicio de salud, como ahora se pretende dentro del trámite incidental.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no milita constancia de que la entidad accionada haya adelantado a través del galeno tratante, los trámites correspondientes en el aplicativo MIPRES para prescribir servicios no incluidos en el POS, y mucho menos, le ha garantizado la prestación del servicio de salud ordenado desde el 02.05.2016, se avalará la sanción impuesta por la a-quo por estar amparada en el principio de legalidad.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante providencia del 12 de febrero de 2018 a María Lorena Serna Montoya y a José Fernando Cardona Uribe, en calidad de Directora Regional del Eje Cafetero y Presidente de la Nueva EPS S.A., respectivamente Representante.

*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)