

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE SANTANDER



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Sala Civil Familia Laboral
San Gil

Ref. Incidente de desacato formulado en la
acción de tutela instaurada por Nelfi Nieves
Tayo como agente oficiosa de la menor María
Camila Cubides Nieves contra la NUEVA EPS
Rad. No. 68861-3184-002-2021-00109-01

Magistrado Sustanciador:
CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA

San Gil, trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Se ocupa la Sala de revisar mediante el grado jurisdiccional de consulta, la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez, de fecha 06 de junio de 2022, a través de la cual sancionó por desacato a la Dra. SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ, Gerente Regional Nororiente de la NUEVA E.P.S, con arresto de tres (03) días y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales. Por incumplimiento del fallo de tutela proferido el 22 de diciembre de 2021 por el mismo Juzgado.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez, mediante sentencia proferida el 22 de diciembre de 2021, tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la menor *María Camila Cubides Nieves*; en consecuencia, ordenó a la Gerente Regional Nororiental de la Nueva EPS, Dra. Sandra Milena Vega Gómez, entre otras cosas que, reconozca a la agenciada los gastos derivados del transporte, viáticos, hospedaje cada vez que deba acudir a controles, terapias y exámenes ordenados por el médico tratante a donde se remita fuera del municipio de Güepsa, para el tratamiento de su patología de "Síndrome de Down, defecto del tabique auricular, conducto arterioso permeable y con antecedente de cierre percutáneo con dispositivo gianturco".

2. Con escrito de fecha 05 de abril de 2022, Nelfy Nieves Tayo como agente oficiosa de *María Camila Cubides Nieves*, informa que, a la fecha de presentación del incidente de desacato, la NUEVA EPS no ha dado cumplimiento al fallo de tutela en lo que corresponde al reconocimiento de los transportes, viáticos y hospedaje para el cumplimiento de las citas médicas.

3. El A-quo mediante auto del 07 de abril de 2022, dispuso requerir a la Dra. Sandra Milena Vega Gómez, Gerente Regional Nororiental y al Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome, Vicepresidente de Salud, y/o quien haga sus veces al momento de esta notificación para que hagan cumplir el fallo de tutela proferido el 22 de diciembre de 2021.

4. En respuesta al requerimiento la entidad manifestó que el área técnica de salud se encuentra validando el caso, recolectando soportes respecto a los servicios peticionados; que mientras ello se resuelve no debe ser

tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por ésta EPS, por el contrario están desplegando las acciones positivas necesarias para que se continúe materializando lo dispuesto por el despacho.

5. Posteriormente, con auto del 28 de abril de 2022, se apertura el incidente y una vez adelantado el trámite correspondiente, con providencia del 06 de junio de 2022, se sanciona por desacato a la Dra. Sandra Milena Vega Gómez, Gerente Regional Nororiente de la Nueva E.P.S, con arresto de tres (03) días y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales.

6. Encontrándose el asunto en esta Corporación para resolver la consulta, la Nueva EPS allega escrito en el que señala que, el hecho que se demuestre el incumplimiento del fallo de tutela no es por sí solo suficiente para concluir que hubo desacato que pueda ser sancionable. Resalta que para el cubrimiento del servicio de transporte, es necesario que la parte accionante en el momento de contar con cada fecha de programación de atención y requerir los traslados, radique por oficina o por medio de APP Nueva EPS la documentación y el plan de citas con la antelación suficiente, mínimo 10 días previos al traslado para proceder con la autorización del transporte y viáticos correspondiente con el prestador del servicio con su debido tiempo para que no se vea afectada la emisión de vouchers.

Señala que en sistema se registra pendiente asignación de citas médicas para enlazar el servicio de transporte, por lo tanto, una vez el usuario cuente con programación de atenciones médicas es necesario que proceda con la radicación del servicio conforme a indicación para el cubrimiento del mismo. Con estos argumentos considera que se debe revocar la sanción

impuesta por desacato como quiera que el fin del trámite incidental no es la imposición de una sanción de multa y arresto, sino velar por que se cumpla el fallo de tutela.

De otra parte, en caso de confirmarse la decisión, solicita que, con fundamento en el precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se revoque la sanción de arresto impartida en el auto sancionatorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En procura de dar curso al grado jurisdiccional de consulta en cita, debemos recordar que el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, prescribe que la autoridad responsable del agravio, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la respectiva notificación, deberá cumplir el fallo que conceda la tutela y si no lo hace dentro de dicho término, el juez se dirigirá al superior del responsable para que lo haga cumplir e inicie la correspondiente investigación disciplinaria contra aquél; además, si pasado ese lapso no se hubiere procedido conforme a lo ordenado, dispondrá abrir investigación disciplinaria contra ese último y adoptará directamente las medidas para el cumplimiento del fallo, pudiendo imponer las sanciones por desacato al responsable y a su Superior hasta que se cumpla lo dispuesto en la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

2. El mismo texto constitucional que consagra la acción de tutela, de manera clara y precisa, establece que la protección que se dispone respecto del derecho que se invoca, consiste en una orden para que el servidor público o particular que se encuentra vulnerándolo se abstenga de hacerlo, estableciéndose como consecuencia de ello, que el fallo de tutela es de

inmediato cumplimiento, lo que igualmente se predica en la misma Constitución y en las leyes en el sentido de que las decisiones judiciales deben ser acatadas, brindando la misma Carta y en desarrollo legal de sus principios, los mecanismos para que se hagan cumplir las diferentes disposiciones legales, así como los pronunciamientos judiciales.

3. Por virtud de lo anterior, el art. 27 del Dec. 2591 de 1991, consagra los mecanismos para que el Juez haga cumplir el fallo de tutela, en tanto que, el canon 52 ibídem, describe el procedimiento para iniciar el incidente de desacato como el instrumento a través del cual el usuario que se ve afectado por el incumplimiento de una decisión favorable de tutela, acuda ante el mismo juez que signó el fallo para que, previo el trámite de rigor y una vez verificada la situación, proceda a imponer las sanciones allí previstas, las cuales incluyen al Superior del funcionario llamado a cumplirlo; consecuencias a las que puede acudir hasta que se cumpla su sentencia.

4. Así las cosas, en el caso que se consulta, se pretende establecer si por no haberse atendido lo dispuesto en el fallo de tutela dentro del término allí fijado, la Dra. Sandra Milena Vega Gómez, Gerente Regional Nororiente incurrió en desacato, tal como lo consideró el Juez Constitucional.

5. Desde ya debe advertir la Sala que, en el presente evento, es incuestionable que la entidad accionada no dio cumplimiento dentro del término señalado al fallo de tutela que favoreció las pretensiones de la parte accionante, de manera que, dada la importancia del tema, es prudente recordar que la Honorable Corte Constitucional ha precisado las diferencias entre el incumplimiento y el desacato, al señalar:

“...Paralelamente al cumplimiento de la orden se puede iniciar el trámite incidental del desacato. Pero el desacato no puede

desplazar la principal obligación del Juez Constitucional que consiste en hacer cumplir la orden de tutela.

"Además, el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato.

"Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato.

"Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

"i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

"ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

"iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

"iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público."¹

6. Atendiendo lo consignado en el aludido criterio jurisprudencial, se concluye que tratándose del desacato, es necesario probar el incumplimiento como la responsabilidad subjetiva, por ser la esencia de éste, de ahí que deba esclarecerse si el funcionario obligado cumplió o no la orden o dispuso lo pertinente para ello, y en el caso que se analiza, se estableció que, la Dra. Vega Gómez, como bien lo ha señalado el A quo, a la fecha, no ha reconocido los gastos derivados del transporte, viáticos y hospedaje requeridos por la agenciada a María Camila Cubides Nieves, cada vez que deba acudir a los controles, terapias y exámenes, ordenados por los médicos

¹ H. Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 2000. M. P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

tratantes fuera del Municipio de Güepsa, para el tratamiento de su patología de "SÍNDROME DE DOWN, DEFECTO DEL TABIQUE AURICULAR, CONDUCTO ARTERIOSO PERMEABLE Y CON ANTECEDENTE DE CIERRE PERCUTÁNEO CON DISPOSITIVO GIANTURCO";

Ahora bien, señala la entidad accionada que, "para el cubrimiento del servicio de transporte, es necesario que la parte accionante en el momento de contar con cada fecha programación de atención y requerir los traslados, radique por oficina o por medio de APP Nueva EPS la documentación y el plan de citas con la antelación suficiente, mínimo 10 días previos al traslado para proceder con la autorización del transporte y viáticos correspondientes con el prestador del servicio..."; sin embargo, tal como lo indica la accionante, en ocasiones las citas médicas las asignan de un día para otro lo que impide dar cumplimiento a las directrices antes señaladas.

Adicionalmente, obran en el plenario como anexos al incidente de desacato, sendas copias contentivas de recibos de pago de pasajes de transporte, de pagos de almuerzo, de pagos de hospedaje en la ciudad de Bogotá en donde fue atendida médicamente la agenciada como se acredita también con la historia clínica aportada, de fechas que oscilan entre diciembre de 2021 hasta febrero de 2022², las cuales fueron presentadas en la entidad con cuenta de cobro sin que hasta el momento se tenga respuesta alguna, solamente señalan que: "Se procede a requerir de manera interna al área encargada a efectos de informar lo concerniente a la radicación y estado actual de la solicitud de reembolso en referencia y en su defecto se allegue soporte correspondiente a su trámite, según sea el caso. Una vez se obtenga resultado de dicha gestión se pondrá en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria..."

² PDF 02 - Anexos del desacato.

En conclusión, la entidad expone dos escenarios para el suministro del transporte requerido por la agenciada. El primero, solicitar la autorización del transporte pero como mínimo con diez días de anticipación, situación que en ocasiones no es viable porque las citas médicas las pueden ordenar de un día para el otro. Y segundo, luego de asistir a la cita médica, presentar la cuenta de cobro correspondiente con los soportes; pero en ninguna de las anteriores circunstancias se ha dado cumplimiento al fallo de tutela, pues está probado que desde el mes de febrero de 2022 la accionante radicó la solicitud de reembolso sin obtener aun respuesta.

Ahora bien, los argumentos planteados por la Nueva EPS como justificación para el incumplimiento del fallo de tutela, imponen una carga administrativa a la parte accionante para acceder a un procedimiento esencial, o llevándola a todo tipo de penurias para reclamar lo que le corresponde efectuar a la entidad, en este caso Nueva EPS, conforme a lo orden del Juez Constitucional; máxime cuando se trata de una niña menor de edad, con síndrome de Down, situación que de conformidad con el art. 44 de la Constitución Nacional, la convierte en sujeto de especial protección.

Por lo tanto puede concluir esta instancia que la EPS no cumplió el fin esencial de la orden impartida en el fallo de tutela, lo que conlleva a confirmar en este aspecto, la decisión de la primera instancia.

7. De otra parte, solicita la Nueva EPS que, con fundamento en el precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se revoque la sanción de arresto impartida en el auto sancionatorio.

8. Sobre este preciso aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela, Rad. No. 7300122130002020-00075-01 del 06 de mayo de 2020, señalo que:

"...Empero de lo comentario, una situación sobreviniente invita a hacer una revisión de la sanción impuesta, en particular, de la imposición de un arresto por seis (6) días, como garantía de los derechos fundamentales del sancionado.

Total que, con el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, en razón de la pandemia por el virus denominado Covid - 19, desde esa fecha se han adoptado diversas medidas, por medio de más de 51 decretos del orden nacional, que se caracterizan por (i) ordenar aislamiento preventivo y obligatorio en todo el territorio nacional, (ii) restringir la movilidad de los ciudadanos, (iii) considerar excepcional la libre circulación de personas, (iv) imponer sanciones para persuadir que no se transgreda la cuarentena obligatoria, y (v) promover la descongestión de los centros penitenciarios y carcelarios.

La restricción del contacto social y la evitación de asistencia a espacios concurridos, constituyen mecanismos de política pública, tendientes a evitar la propagación del virus, por estar en juego el interés general, de cara a la vida y salud de la población.

Así que, pese a la legalidad de imponer la privación de la libertad como instrumento coercitivo para garantizar la observancia de las decisiones de tutela, el hecho que una situación sanitaria afecte el funcionamiento de la sociedad como hasta ahora se había conocido, debe ser objeto de ponderación para que la finalidad propia del desacato no resulta gravosa del derecho la salud y la vida del querellado.

Esta situación fue objeto de reciente pronunciamiento en la Corporación, con el fin de dar una respuesta real a este acontecimiento histórico, momento en el cual se impidió una orden de arresto por desacato y, en su lugar, decidió conmutarla por una de tipo patrimonial, de forma razonada y sopesada en cada caso concreto, con lo que se modificó una circunstancia que se hizo riesgosa de cumplir para amparar los derechos fundamentales del sancionado, que se advierten puedan estar en peligro (CSJ, STC, 29 ab. 2020, rad. n.º 2020-00014)

No en vano, recientemente, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió el decreto 546 de 15 de abril de 2020, por el cual se adoptaron medidas para sustituir la pena de prisión y otras por la prisión domiciliaria, con el fin de mitigar los riesgos que pueden suponer estar en centros de detención.

Como a Diego Andrés Cabrera Ramos se le impuso una orden de arresto por seis (6) días, en lugar de detención, es menester sopesar la finalidad loable de esta medida con las consecuencia de que la misma pueden derivarse para la sociedad en su conjunto y el mismo sancionado, razón por la que se ordenará conmutarla por tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, adicionales a los dos (2) fijados inicialmente en la sanción por desacato, con lo cual se contará con una medida suficientemente disuasoria para promover el cumplimiento inmediato de la orden tutelar desatendida»..."

9. Siendo ello así, al aplicar este precedente jurisprudencial al presente asunto, se impone sustituir la sanción de arresto de tres (3) días, conmutándola por otra de carácter patrimonial, aumentando la multa en un (1) salario mínimo mensual legal vigente, adicional a los tres (3) salarios fijados inicialmente en la sanción de desacato.

10. En ese orden de ideas y consecuente con lo indicado, esta Corporación procederá a confirmar la decisión objeto de consulta, sustituyendo la sanción de arresto por otra de carácter patrimonial.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, en SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la decisión consultada de fecha 06 de junio de 2022, a través de la cual el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Vélez, declaró incurso en desacato a la Dra. Sandra Milena

Vega Gómez, Gerente Regional Nororiente, conforme a lo expuesto en precedencia.

Segundo: SUSTITUIR la sanción de arresto de tres (3) días, conmutándola por otra de carácter patrimonial, aumentando la multa en un (1) salario mínimo mensual legal vigente, es decir, adicional a los tres (3) salarios fijados inicialmente en la sanción de desacato.

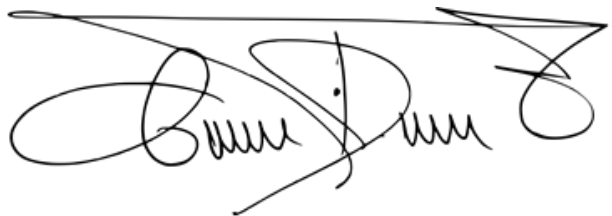
Tercero: NOTIFICAR este proveído a las partes, en la forma prevista por el art. 16 del Dec. No. 2591 de 1991.

Cuarto: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el incidente al Juzgado de origen.

Quinto: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

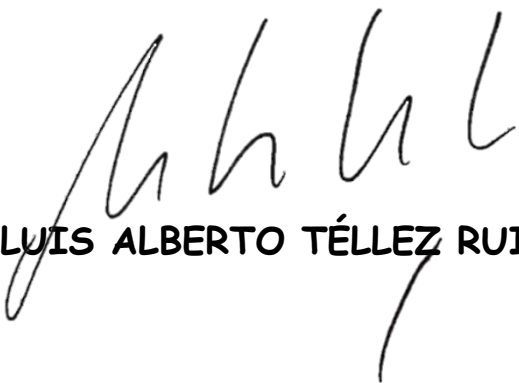
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados³,

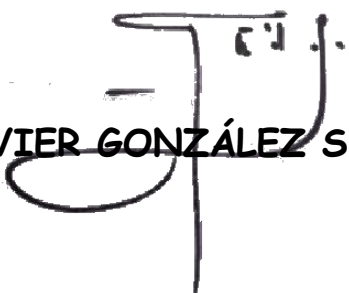
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Augusto Pradilla Tarazona', with a stylized flourish at the end.

CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA

³ El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del decreto legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada".



LUIS ALBERTO TÉLLEZ RUIZ



JAVIER GONZÁLEZ SERRANO