**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (7) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

 Acta de Aprobación N° 1353

 Hora: 1:00 p.m.

1.- VISTOS

Debe pronunciarse la Sala con ocasión de la consulta de la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), mediante la cual sancionó a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, y al Presidente de la misma entidad -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, por no atender el cumplimiento de la tutela dictada a favor de la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES**.

2.- ANTECEDENTES

**2.1.-** En agosto 24 de 2017 el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), en condición de juez constitucional de primer grado,tuteló el derecho a la salud de la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES** dentro de la acción de tutela presentada a su favor y en contra de la NUEVA EPS, en consecuencia dispuso: “[…] **ORDENAR** a la Gerente Regional Eje Cafetero de NUEVA EPS S.A. Dra. María Lorena Serna Montoya (o quien haga sus veces), que suministre y garantice, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta decisión, el “Oxígeno domiciliario 24 horas diarias de forma indefinida, para ello se requiere concentrador de oxígeno de 5 litros, bala de oxígeno de la grande por daños en el equipo o falta de energía, bala de oxígeno de transporte para acudir a consultas” […]”.

La citada determinación fue adicionada por esta Sala con ponencia de quien ahora ejerce igual función, en sentencia de octubre 03 de 2017, en el sentido de ordenar a la NUEVA EPS que se abstenga de efectuar cobro alguno por concepto de copagos o cuotas moderadoras, y suministre a la actora el servicio de ambulancia para asistir a las citas médicas, exámenes y procedimientos en esta ciudad y en el municipio de Dosquebradas, o le entregue el equivalente en dinero para que ésta pueda acceder al transporte que de acuerdo con sus condiciones de salud requiere.

**2.2.-** En octubre 10 de 2017 la agente oficiosa de la accionante informó al despacho que la NUEVA EPS incumple la tutela impartida al no autorizar las órdenes prescritas a su señora madre por el neumólogo tratante y que requiere de forma prioritaria -Resistencia de las vías aéreas por pletsmografía; capacidad de difusión de monóxido de carbono; ss estudio polisomnográfico completo; ss medición no invasiva con C02 o capnografía, y ss cita de control por neumología-, así mismo se le brinde el transporte mediante ambulancia sin dilatar el traslado y la exoneración de pagos por cualquier concepto, como se ordenó en la tutela.

**2.3.-** En octubre 23 de 2017 el juzgado requirió a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA- y al Presidente de la entidad -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE- para que dieran cumplimiento a lo ordenado.

**2.4.-** En proveído de noviembre 2 de 2017 y ante el silencio de los referidos, se abrió incidente contra la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, y el Presidente de la entidad -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, a quienes se les corrió el traslado pertinente.

**2.5.-** Luego de surtido el trámite de Ley, y frente al silencio de los vinculados, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en decisión de noviembre 16 de 2017 sancionó por desacato a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, y al Presidente de la misma -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, con 3 días de arresto y multa de 1 s.m.l.m.v..

**2.6.-** El apoderado judicial de la NUEVA EPS pide la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, toda vez que el auto por medio del cual se requiere para cumplir la tutela, lo mismo que el auto por medio del cual se abre el incidente, e igualmente el fallo sancionatorio, no le fueron notificados en debida forma a MARÍA LORENA SERNA MONTOYA y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -representante legal a nivel regional y Presidente, respectivamente-, toda vez que no se individualizaron con su número de identificación. Agrega igualmente que se autorizó la realización del estudio polisomnográfico completo y pletsmografía, y en consecuencia pide se revoque la sanción impuesta y se ordene el archivo del proceso; en forma subsidiaria se decrete la nulidad de lo actuado o se revoque la sanción de arresto al considerar que en este caso es pertinente y suficiente la multa impuesta.

**2.7.-** Con miras a verificar si por parte de la NUEVA EPS se cumplió con los requerimientos de la accionante, por parte de la agente oficiosa se comunicó que ello se ha dado de forma parcial y que si bien se le dieron las autorizaciones, la realización de algunos de los procedimientos que se le ordenaron a su señora madre **LUZ AMPARO ARIAS** se efectuaron por la gestión que de forma directa realizó ante la IPS RESPIRAR, pero aun así hay otros que no le han sido prestados, como tampoco se le ha brindado el servicio de ambulancia, cuya última oportunidad tuvo que sufragar de su propio peculio[[1]](#footnote-1).

3.- Para resolver, se CONSIDERA

Existe competencia funcional para desatar el grado de consulta surtido sobre la decisión proferida dentro del incidente de desacato que tramitó el señor Juez Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.).

De la información arrimada al dossier se aprecia que la NUEVA EPS no dio cumplimiento al fallo de tutela emitido en agosto 24 de 2017, lo que motivó a la hija de la actora a solicitar el incidente de desacato, trámite en el que a raíz de las actividades desplegadas por el juzgado con el fin de lograr que por parte de la entidad se comunicara lo pertinente, no se dio respuesta alguna dentro del término de ley, lo que conllevó a la imposición de una decisión sancionatoria a la responsable de acatar la misma y a su superior jerárquico.

Por parte del apoderado de la NUEVA EPS, se pidió a la Sala que se decretara la nulidad de lo actuado por cuanto los sancionados no fueron debidamente individualizados con su número de identificación, situación ésta que ha sido zanjada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, como igualmente lo refirió el profesional del derecho, cuando al respecto, se indicó que:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha aceptado, tácitamente, que la individualización en el trámite del incidente de desacato se agota con señalar el cargo que ocupa la persona[[2]](#footnote-2) y la manifestación de “o quien haga sus veces”, esta Sala hace énfasis en que **la verificación de la responsabilidad subjetiva del incumplido**, en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, **requiere la plena identificación (nombres y apellidos) del involucrado pues es sabido, que** **mediante el trámite incidental no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta**”[[3]](#footnote-3). -negrillas de la Sala-

Y en este caso no queda duda alguna que el Juzgado identificó plenamente a dichos funcionarios, mismos que fueron aquellos que el apoderado de la NUEVA EPS, refirió como Representante Legal de la Regional y Presidente Nacional, esto es los Dres. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y MARÍA LORENA SERNA MONTOYA. No le asiste en consecuencia razón alguna al abogado para solicitar la nulidad del trámite adelantado por la primera instancia.

Y es que para efectos de una sanción por incumplimiento a un fallo de tutela, es estrictamente necesario que durante el incidente de desacato se sepa quién es la persona encargada de su acatamiento, los motivos por los cuáles no ha cumplido, y, además, quién es el superior de esa persona, para de esa manera poder efectuar lo dispuesto en el citado artículo 27 del Decreto 2591. De no ser así, muy seguramente se vulnerará el derecho fundamental al debido proceso del que son titulares todas las personas en Colombia, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política.

Aprecia esta Sala que para adoptar la decisión objeto de esta consulta se respetó el procedimiento establecido, por cuanto se enteró a la encargada de observar lo dispuesto en el fallo de tutela, esto es, a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, para que procediera a su acatamiento, así como a su superior jerárquico -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE- para que le ordenara cumplir la sentencia e iniciara el correspondiente proceso disciplinario; igualmente frente a dichos funcionarios se abrió el incidente y fueron ellos a quienes se les impuso sanción por desacato, pero guardaron absoluto silencio. Así mismo, se tuvo buen cuidado de aportar sendas copias de los oficios que les fueron remitidos[[4]](#footnote-4), los que al parecer no tuvo en cuenta el apoderado de la NUEVA EPS para realizar la petición de nulidad.

Si bien podría pensarse que por parte de la NUEVA EPS se cumplió con el fallo constitucional, por cuanto le fueron entregadas las autorizaciones para la realización de los servicios médicos que necesita la enferma, según lo indicó su hija, debe entenderse que la atención en salud al que está obligada la EPS, amén de la afiliación que con dicha entidad tiene la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES**, no se circunscribe única y exclusivamente a la expedición de órdenes, sino que debe velar por su efectiva realización, situación que en este caso no tuvo ocurrencia.

Y fue así, por cuanto como lo comunicó la agente oficiosa, fue ella por medio de las gestiones que realizó quien logró la práctica de algunos de los exámenes prescritos a su ascendiente por el neumólogo tratante, pero aun así existen otros que aun no se le han practicado, pese a que éstos tienen carácter de prioritario. Como si ello fuera poco y pese a que en el fallo constitucional que en segundo grado adoptó este Tribunal, se ordenó a la NUEVA EPS, la prestación del servicio de ambulancia para el traslado de la señora **LUZ AMPARO** a las citas, exámenes y procedimientos en esta ciudad o en Dosquebradas, o en su defecto le entregara el equivalente en dinero, y como así se informó a esta Sala, ha sido la hija de la actora quien ha debido sufragar dichos costos, como también ha sido objeto de cobro de copagos, pese a estar exonerada de ello[[5]](#footnote-5), lo que demuestra la negligencia de la EPS en el cumplimiento del fallo judicial.

En ese orden de ideas considera esta Corporación que por segunda ocasión[[6]](#footnote-6) la NUEVA EPS, representada en este trámite por su Gerente Regional del Eje Cafetero -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA- y su Presidente -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, está en franca rebeldía contra una decisión judicial que debe ser acatada, además de continuar con la vulneración del derecho a la salud de la tutelante, al no adelantar las gestiones a que hubiere lugar para garantizar que los exámenes o procedimientos médicos que le sean prescritos a la enferma sean realizados, e igualmente por no garantizar el servicio de ambulancia que les fue ordenado en el fallo de tutela y realizarle cobro de copagos, por lo cual estima la Sala que en efecto la decisión sancionatoria que se profirió frente a los mismos, se encuentra ajustada a derecho.

Pero en punto de la penalidad de arresto y multa que le fue atribuida a la Gerente Regional del Eje Cafetero -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA- y al Presidente de la NUEVA EPS -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, debe señalarse que aunque la Sala ha sido del criterio que ésta debe realizarse con sujeción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, los cuales atienden las circunstancias del hecho sancionador y sus consecuencias, lo que ha ameritado que en diversas ocasiones esta Corporación haya variado el término de arresto y multa asignados, para fijarlos solo en 3 días y 1 s.m.l.m.v., ello ha tenido ocurrencia en aquellos eventos donde se tiene conocimiento que se trata de la primera penalidad endilgada a quienes no acataron la sentencia constitucional.

Pero en el caso en consulta, y no obstante que de ello nada dijo el a quo, lo que se aprecia es que la entidad ha continuado con la vulneración de la garantía constitucional de la tutelante, situación que ha conllevado a que al menos en una oportunidad anterior -septiembre 28 de 2017- se haya sancionado a los mismos al desacatar el fallo de tutela, por lo cual estima la magistratura que estos han sido reiterativos en el incumplimiento de la decisión que amparó los derechos fundamentales de la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES**, sin que para ello obre justificación alguna, por lo que aquella fijada por el juez de instancia, si bien está dentro de los límites autorizados por la ley[[7]](#footnote-7), no es congruente con la situación que se observa. En consecuencia, la Sala procederá a modificar la penalidad impuesta, lo cual no contraviene el principio de la *no reformatio in pejus*, como así lo ha decantado la Corte Constitucional[[8]](#footnote-8), para fijarla en seis (6) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, advirtiéndoseles nuevamente que este incidente no terminará con ocasión de dicha sanción, pues al tratarse de una obligación sucesiva, amén del tratamiento integral que se le debe prohijar a la señora **ARIAS TABARES**, de volver a persistir la NUEVA EPS en la omisión que dio lugar a la interposición de la presente acción, **pueden sobrevenir futuras sanciones aún más gravosas**.

Como a la fecha se tiene conocimiento que no se ha hecho efectiva la primera sanción emitida y se desconoce si por parte de la NUEVA EPS se cumplió con lo que fue materia de ese específico desacato, se ordena al Juzgado de primer nivel que adelante las gestiones pertinentes ante las entidades encargadas de hacer cumplir la sanción de arresto para que informen lo pertinente, para lo cual deberá incluso acudir ante la Procuraduría General de la Nación.

Y si bien el apoderado de la NUEVA EPS, consideró que debía revocarse la sanción de arresto, por cuanto la de multa era suficiente, lo que ahora se aprecia es que si pese a haberse ordenado ya en una primera oportunidad una penalidad restrictiva de la libertad no se ha acatado a cabalidad el fallo judicial, mucho menos lo harían si la sanción fuera únicamente monetaria, por lo cual estima la Sala que en este asunto y como así lo señala el Decreto 2591 de 1991, lo que en derecho corresponde es que en contra de los acá vinculados debe mantenerse la sanción de arresto y multa impuesta.

Como quiera entonces que le asistió razón al a quo al emitir la sanción en contra de los funcionarios de la NUEVA EPS, la Sala acompañará parcialmente la decisión proferida, con la modificación en cuanto a la dosificación de la penalidad impuesta.

4.- DECISIÓN

**PRIMERO: SE CONFIRMA PARCIALMENTE** la providencia adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en noviembre 16 de 2017, en cuanto sancionó a los doctores JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE Presidente de la NUEVA EPS, y MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente Regional del Eje Cafetero, por desacato a la sentencia de tutela dictada por ese mismo despacho en agosto 24 de 2017 y adicionada por esta Sala mediante sentencia de octubre 3 de 2017 a favor de la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES**.

**SEGUNDO:** **SE** **MODIFICA** la sanción impuesta a a los doctores JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE Presidente de la NUEVA EPS, y MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente Regional del Eje Cafetero, para imponerle a los mismos seis (6) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**TERCERO:** **SE ADVIERTE** que este incidente no terminará con ocasión de la sanción como quiera que se trata de una obligación sucesiva que sistemáticamente debe cumplirse, por lo que de persistir la NUEVA EPS en la omisión que dio lugar a la interposición de la presente acción pueden sobrevenir futuras sanciones aún más gravosas.

**CUARTO:** **SE ORDENA** al juzgado de primer nivel que adelante las gestiones pertinentes ante las entidades encargadas de hacer efectiva la primera sanción de arresto, con miras a que informen lo pertinente, para lo cual deberá incluso acudir ante la Procuraduría General de la Nación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Ver folio 18. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencias T-053 de 2005 y T-343 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ STP, 16 sept. 2014, Rad. 75726. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folios 34, 35, 38, 39, y 44 al 47. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folio 22, relacionado con un copago que debió sufragar la actora. [↑](#footnote-ref-5)
6. Mediante auto de septiembre 28 de 2017, el a quo ya había emitido decisión sancionatoria por incumplimiento de la tutela proferida en favor de **LUZ AMPARO ARIAS TABARES** por parte de la NUEVA EPS, habiéndose sancionado a la Gerente Regional y al Presidente Nacional con 3 días de arresto y multa de 1 s.m.l.m.v. Tal providencia fue confirmada en sede de consulta por esta misma Corporación mediante auto de octubre 9 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la persona que incumpliere una orden de un juez incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver Tutela T-406 de 2006*.* [↑](#footnote-ref-8)