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 – Incidente de desacato en el grado de consulta – 30 de agosto de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Confirma sanción

Radicación Nro. : 66682310400120160010501

Accionante: YERALDINE ANDREA CHALARCA MORALES

Accionados:      NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / ORDEN INCUMPLIDA.** Si bien el servicio de transporte no está incluido en el plan de beneficios, no por ello es necesario que se module la sentencia de tutela para ordenar específicamente ese servicio, puesto que el mismo señaló que debe garantizarse el valor del transporte cuando éste se requiera, sin hacer ninguna salvedad, y lo atinente al recobro, tal como lo ha reiterado esta Colegiatura en múltiples oportunidades, para acceder a éste basta con que se demuestre que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo. En ese orden de ideas, considera esta Corporación que la entidad accionada bajo ningún punto de vista podía negarse a adelantar todos los trámites pertinentes para suministrar el transporte aéreo a la menor YERALDINE ANDREA CHALARCA MORALES y a su progenitora, por lo que hay lugar a concluir que 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, al no brindar a la accionante la atención que requiere, la cual fue ordenada en el fallo judicial, sin tener en consideración que se trata de un sujeto de especial protección no solo debido a su edad, sino también a sus múltiples padecimientos de salud, a quien tiene el deber de garantizarle una atención preferente y prioritaria.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

 Acta de Aprobación N° 861

 Hora:8:15 a.m.

1.- VISTOS

Debe pronunciarse la Sala con ocasión de la consulta de la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (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 proferida a favor de la menor **YERALDINE ANDREA CHALARCA MORALES**.

2.- ANTECEDENTES

**2.1.-** En junio 21 de 2017 el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.), en condición de juez constitucional de primer grado,tuteló los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social de la menor **CHALARCA MORALES**,dentro de la acción de tutela presentada contra la NUEVA EPS, en consecuencia dispuso: “[…] **ORDENAR** a la Representante Legal de la NUEVA EPS, Regional Eje Cafetero o quien haga sus veces que, en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a la entrega de viáticos por concepto de transporte, alojamiento y alimentación para la señora MARÍA MAGDALENA MORALES GIRALDO y su hija menor YERALDINE ANDREA CHALARCA MORALES, **ADVERTIR** que, en lo sucesivo, en relación con el suministro de viáticos para el desplazamiento de la menor y su acompañante, la mencionada representante deberá proceder a su autorización, tantas veces como sea necesario el desplazamiento de ésta hacia un lugar diferente al cual reside, siempre que se mantenga los mismos supuestos fácticos que sustenta en el presente amparo constitucional[…]”.

**2.2.-** En junio 13 de 2017 la progenitora de la afectada informó al despacho que la NUEVA EPS incumple la orden impartida y pidió por tanto que se tramitara incidente de desacato.

**2.3.-** En auto de junio 14 de 2017 el juzgado dispuso oficiar 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-, en su condición de superior jerárquico de la anterior, para que en los términos del artículo 27 del Decreto 2591/91 hiciera cumplir la decisión y promoviera la correspondiente investigación disciplinaria. Les concedió el término de dos días para que acreditaran el acatamiento de la sentencia.

**2.4.-** En providencia de junio 30 de 2017, al persistir el incumplimiento, 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.-** En julio 11 de 2017 se recibió escrito de la NUEVA EPS en el que la representante judicial indicó que esa entidad estaba garantizando tanto lo ordenado por los médicos tratantes como en el fallo judicial, pero en atención a que el juzgado considera que debe autorizarse el servicio de transporte aéreo, considera que debe modularse la sentencia, para permitir el recobro del valor pagado, toda vez que se trata de un insumo expresamente excluido del plan de beneficios; por tanto, solicitó al despacho se abstuviera de continuar con el incidente.

**2.6.-** Luego de surtido el trámite de Ley, el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) en decisión de julio 13 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 un salario mínimo legal mensual vigente, para cada uno.

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 la señora Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.).

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 observancia, los motivos por los cuáles no la acató, y, además, quién es el superior de esa persona, para de esa manera poder cumplir con 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.

Se vislumbra que por parte de la juez de primer nivel se respetó el procedimiento establecido para esta clase de asuntos, porque conforme lo reglado en el canon 27 del Decreto 2591/91, requirió a la Gerente Regional de la NUEVA EPS -Dra. MARIA LORENA SERNA MONTOYA-, y al Presidente de la misma entidad -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, en su condición de superior jerárquico, para luego decretar la apertura formal del incidente contra ambos funcionarios, los cuales resultaron sancionados.

Muy a pesar que la operadora judicial notificó en debida forma a los encargados de acatar la acción constitucional[[1]](#footnote-1), tales actividades resultaron infructuosas y esos avisos no fueron suficientes para lograr que los servidores de la NUEVA EPS dieran cumplimiento a lo resuelto en el fallo de tutela emitido en junio 21 de 2016.

La representante judicial de la NUEVA EPS indicó que se había observado lo dispuesto en la sentencia, toda vez que se le han garantizado a la tutelante los servicios médicos y atenciones que han sido prescritas por los galenos tratantes, y aclaró que debido a que lo pretendido por el juzgado era que se le garantizara el transporte aéreo, debía entonces modularse la decisión en ese sentido a efectos de garantizar el recobro, o archivarse el trámite incidental.

Al respecto, debe decir la Sala que esa justificación no puede ser de recibo, ya que con la misma solo se pretende evadir lo dispuesto en la determinación en la que se ampararon los derechos fundamentales quebrantados a la menor **YERALDINE ANDREA** y perpetuar su vulneración, en la que se ordenó a la NUEVA EPS suministrar los viáticos por concepto de transporte, alojamiento y alimentación de la menor y un acompañante cuando sea necesario el desplazamiento a un lugar diferente al de residencia para su atención médica.

Se demostró en el presente trámite que a la citada menor le fue prescrita cirugía de alargamiento femoral, la cual le será realizada en la ciudad de Bogotá D.C., y para ello requiere el suministro de los respectivos viáticos, los cuales de conformidad con lo dispuesto en la sentencia deben ser pagados por la NUEVA EPS.

Ahora, si bien en la sentencia de tutela no discriminó si el transporte terrestre o aéreo, se advierte que la solicitud que se hace para que se autorice este último no obedece a un capricho de la accionante y mucho menos de la juez de primer nivel, sino que obedece a la condición de salud en la que se encuentra, de acuerdo a la cual los viajes de más de tres horas aumentan su dolor, y así lo dejó consignado el médico tratante en la historia clínica[[2]](#footnote-2).

En esas condiciones, la accionada no tiene ningún argumento válido para negar un servicio que debe garantizar en virtud de lo dispuesto en un fallo de una acción constitucional, y en pro del mejoramiento de la salud de su afiliada, quien debe ser tratada con consideración, no solo en razón de su edad sino también de las patologías que presenta -luxación de cadera, luxación de la talonavicular derecha, acortamiento de miembro inferior derecho, escoliosis secundaria-.

Si bien el servicio de transporte no está incluido en el plan de beneficios, no por ello es necesario que se module la sentencia de tutela para ordenar específicamente ese servicio, puesto que el mismo señaló que debe garantizarse el valor del transporte cuando éste se requiera, sin hacer ninguna salvedad, y lo atinente al recobro, tal como lo ha reiterado esta Colegiatura en múltiples oportunidades, para acceder a éste basta con que se demuestre que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo[[3]](#footnote-3).

En ese orden de ideas, considera esta Corporación que la entidad accionada bajo ningún punto de vista podía negarse a adelantar todos los trámites pertinentes para suministrar el transporte aéreo a la menor **YERALDINE ANDREA CHALARCA MORALES** y a su progenitora, por lo que hay lugar a concluir que 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, al no brindar a la accionante la atención que requiere, la cual fue ordenada en el fallo judicial, sin tener en consideración que se trata de un sujeto de especial protección no solo debido a su edad, sino también a sus múltiples padecimientos de salud, a quien tiene el deber de garantizarle una atención preferente y prioritaria.

La decisión objeto de consulta será avalada por estar ajustada a derecho.

4.- DECISIÓN

Conforme con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la providencia proferida por la señora Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) objeto de consulta.

##### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. Ver folios 17, 18, 20C.O. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 9 C.O. [↑](#footnote-ref-2)
3. Las anteriores afirmaciones tienen respaldo en varias providencias de la H. Corte Constitucional, en las que se ha hecho la citada aclaración; por ejemplo, en el auto de julio 13 de 2009 expedido en virtud del seguimiento que se hace a la sentencia T-760 de 2008 y las órdenes que debido a ella se han emitido, en auto067A de 2010, y en la sentencia T-727 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)