**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

 Acta de Aprobación No. 274

 Hora: 10:20 a.m.

1.- VISTOS

Debe pronunciarse la Sala con ocasión de la consulta de la decisión proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), mediante la cual sancionó a los doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS-, SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación de esa misma entidad-, MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, -Gerente Regional- y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS-, por no atender el cumplimiento de la tutela dictada a favor del señor **JAIME ZULUAGA MONTOYA**.

2.- ANTECEDENTES

**2.1.-** En diciembre 12 de 2017 el Juzgado el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de esta capital, tuteló el derecho al mínimo vital del señor **JAIME ZULUAGA MONTOYA** dentro de la acción de tutela presentada en contra de la NUEVA EPS, en consecuencia le ordenó reconocer y pagar al actor las incapacidades correspondientes a los 60 días iniciales ininterrumpidos del 26/09/2017 al 24/11/2014 (sic), el cual debe realizar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicha providencia.

**2.2.-** El accionante por escrito de enero 09 de 2018, le comunicó al Juzgado que la NUEVA EPS no ha cumplido el fallo constitucional.

**2.3.-** Por auto de enero 12 de 2018, no obstante que el a quo se aparta de la postura esgrimida por esta Corporación en relación con el requerimiento previo, al considerar que éste debe efectuarse solo al Superior Jerárquico del funcionario encargado de acatar la providencia judicial, dispuso oficiar vía electrónica a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, para que acredite la observancia del fallo constitucional, y al Presidente de dicha EPS –Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE- para que dentro de los tres días siguientes haga cumplir el fallo y dé inicio a las acciones disciplinarias pertinentes.

**2.4.-** En enero 16 de 2018 se recibe escrito del apoderado judicial de la NUEVA EPS, en el cual reclamó la nulidad del referido auto, al no haberse surtido el requerimiento previo al Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, Director de Prestaciones Económicas y se da apertura contra el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente de la NUEVA EPS, sin ser la persona encargada de hacer cumplir los fallos, toda vez que dicha gestión debe ser realizada por la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente Regional como superior jerárquica de la Dra. MARTHA IRENE OJEDA SABOGAL. Esgrime que como la tutela es relativa al pago de incapacidades los que debieron ser vinculados a la misma fueron el Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO, Gerente de Recaudo y Compensación, como su superior. Pide que además de la nulidad, se excluya del presente trámite a la Gerente Regional y al Presidente de la NUEVA EPS.

**2.5.-** Por auto de enero 18 de 2018, el despacho nuevamente efectúa el requerimiento previo, pero en esta ocasión lo hace frente al Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS- para que acate el fallo de tutela, Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación-, como su superior jerárquica, para que le ordene al funcionario competente dar observancia a la sentencia y disponga o inicie la acción disciplinaria a que haya lugar.

**2.6.-** Por escrito –sin fecha de recibido- nuevamente se pronuncia el apoderado de la NUEVA EPS, en idénticas circunstancias a las ya aludidas, para pedir nuevamente que se excluya del incidente al Presidente de la NUEVA EPS y a la Gerente Regional y que se decrete la nulidad del auto de enero 12, para que se vincule a los encargados de cumplir el fallo judicial.

**2.7.-** El a quo por auto de proveído de enero 24 de 2018 dio apertura al incidente en contra de los doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, -Director de Prestaciones Económicas-, la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación de esa la entidad-, MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, -Gerente Regional- y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE –Presidente-, todos funcionarios de la NUEVA EPS, a quienes se les concedió tres días para que expusieran sus justificaciones dentro del referido caso y presentaran las pruebas que pretendieran hacer valer.

**2.8.-** Por escrito recibido en febrero 05 de 2018, se pronuncia nuevamente el apoderado de la NUEVA EPS, donde además de pronunciarse en forma similar a la ocasión anterior, y en esta ocasión agrega que no se ha realizado el pago de la incapacidad reclamada, por cuanto del fallo de tutela no hay claridad en cuanto al tiempo que se le debe reconocer y cancelar, pues en el mismo ordena el pago de aquellas generadas desde 26/09/2017 al 24/11/2014, por lo cual la fecha es errónea, y en segundo término una vez se aclaren las fechas reales es necesario que el usuario remita los soportes respectivos, evidenciándose que el accionante a la fecha no ha solicitado el pago de incapacidades. Pide de manera principal la nulidad de lo actuado, y la desvinculación del Presidente y la Gerente Regional de la NUEVA EPS de la actuación, y de forma subsidiaria que: (i) se abstengan de dar inicio al incidente; (ii) se dé claridad al fallo proferido en diciembre 12 de 2017; (iii) que el señor **JAIME ZULUAGA** allegue los soportes de las incapacidades y/o el contrato laboral, y (iv) no se imponga sanción contra la NUEVA EPS.

**2.9.-** Mediante providencia de febrero 05 de 2018 el a quo sancionó de forma individual y con arresto de siete (07) días y multa equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, a los doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS- y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación-, MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, -Gerente Regional- y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS- por desacatar la sentencia de diciembre 12 de 2017.

**2.10.** El apoderado de la NUEVA EPS, por escrito recibido en el despacho a quo en febrero 14 o 15 de 2018, refiere que la entidad de manera interna ha organizado su estructura administrativa y cada una tiene una conformación especial para atender entre otras, la atención en salud y los responsables de las prestaciones económicas son el Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO, por lo cual debieron solamente ser ellos dos los requeridos dentro de la presente actuación para garantizarles el debido proceso, lo cual omitió el a quo al iniciar y culminar el incidente de desacato al no individualizar a los sujetos llamados a cumplir la orden judicial, lo que redunda en la vulneración de sus derechos. Reitera además que existe discrepancia en las fechas plasmadas por el a quo en el fallo de tutela y al consultar su aplicativo no se encuentra incapacidades transcritas a favor del actor y al no existir las mismas en su sistema no pueden proceder a cancelarlas, máxime que su trascripción es requisito sine que non para ello. Aduce finalmente que el a quo vulneró el derecho al debido proceso al no individualizar el responsable de su cumplimiento, el de la libertad al privar de esta a una persona que no tiene antecedentes ni malos comportamientos en sociedad y por ello pide la nulidad de lo actuado y de forma subsidiaria revoque la sanción de arresto, al estimar que es pertinente y suficiente la multa asignada.

3.- Para resolver, se CONSIDERA

Existe competencia funcional para desatar el grado de consulta surtido sobre la providencia dictada dentro del incidente de desacato que tramitó el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.).

De la arrimado al dossier se evidencia con meridiana claridad que por parte de la NUEVA EPS no se ha acatado el fallo de tutela emitido en diciembre 12 de 2017 a favor del señor **JAIME ZULUAGA MONTOYA**, por medio del cual se les ordenó el pago de la incapacidad que le fue otorgada por el especialista tratante, con ocasión de la prostatectomía radical que le fue realizada, amén del diagnóstico de tumor malino de la próstata que padece el actor.

Ello lo decimos, por cuanto el apoderado de la NUEVA EPS así lo refiere, como también lo corrobora el afectado, y aunque la postura de la entidad accionada para negar el referido pago la hace consistir en que el afiliado no presentó la incapacidad pertinente para su respectiva transcripción y posterior pago, lo que ha informado el señor **JAIME ZULUAGA**, y a lo cual el despacho le da plena credibilidad, es que ya aportó la incapacidad pertinente ante la EPS para su respectivo pago, y la misma debió conocerla la entidad al haber sido aportada a la tutela e incluso, según el actor, la llevó a la entidad también cuando radicó el fallo respectivo en diciembre 18 de 2018[[1]](#footnote-1).

Igualmente y aunque la EPS, por intermedio de su apoderado, resaltan un yerro en la orden emitida en sede de tutela por el funcionario de primer nivel, toda vez que en la parte resolutiva del fallo se les ordenó el pago de las incapacidades desde 26/09/2017 al 24/11/2014, es evidente que ello obedeció a un error de digitación del referido despacho, si tenemos en cuenta que de lo consignado en la parte motiva de esa providencia, en al menos tres oportunidades el a quo hizo alusión a los períodos en los que se le otorgó tal prestación al señor **JAIME ZULUAGA MONTOYA**, los cuales no son otros diferentes a aquellos comprendidos desde septiembre 26 al noviembre 24 de 2017 -60 días-. Como si ello fuera poco baste mirar la respectiva incapacidad que el actor allegó en copia a la actuación, donde se acredita que ese fue el lapso durante el cual se le otorgó dicho beneficio[[2]](#footnote-2). Igualmente y aunque en este procedimiento nuevamente refieren que el actor no radicó la incapacidad, pese a lo que decidió en su momento el juez de tutela, contra tal determinación no interpusieron recurso alguno[[3]](#footnote-3); no obstante, lo que se sabe es que por lo menos al momento de enterarse la NUEVA EPS de la decisión judicial debió adelantar todos las gestiones pertinentes para hacer efectivo el pago de la incapacidad respectiva, sin que ello a la hora de ahora se haya cumplido, pese a que han transcurrido algo más de 3 meses.

De ello podemos decir entonces, que por parte de la NUEVA EPS se omitió acatar el fallo judicial emitido en diciembre 12 de 2017, y por ende se incurrió en su inobservancia, pese a las comunicaciones que para lograr tal cometido emitió en diversas oportunidades el despacho judicial.

Dilucidada esa primera situación y en punto de lo discurrido en este trámite por parte del funcionario a quo, advierte la Sala que inicialmente y con ocasión de la solicitud elevada por el actor, el despacho procedió a efectuar el requerimiento previo a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA -Gerente Regional Eje Cafetero- y al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS-como su superior jerárquico, mediante comunicaciones enviadas por correo electrónico. No obstante, a raíz del pronunciamiento del apoderado de dicha EPS donde pidió la nulidad de lo actuado por vulnerarse el debido proceso, en tanto los obligados al cumplimiento del fallo en lo atinente al pago de incapacidades no eran ellos sino el Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS- y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación -se procedió realizarles el requerimiento previo a estos últimos.

Aunque en el curso del incidente tal postura del apoderado de la EPS fue reiterada, donde además pedía la exclusión del asunto de la Gerente Regional y del Presidente de la NUEVA EPS, el Juzgado dispuso iniciar formalmente el incidente en contra de los cuatro funcionarios aludidos y finalmente, frente a estos emitió la decisión sancionatoria.

Si bien por parte del juez de primer nivel se respetó el procedimiento establecido en tanto se efectuaron los requerimientos previos frente a todos los vinculados, contra los cuales también se procedió a dar inicio formal al incidente, quienes intervinieron en el asunto por intermedio del apoderado de la NUEVA EPS, e igualmente contra ellos se emitió el fallo sancionatorio, es un requisito sine qua non para efectos de imponer una sanción por incumplimiento a una tutela, que durante el incidente se sepa quién es el ciudadano encargado de su acatamiento, los motivos por los cuáles no la hizo, y, además, quién es el superior de esa persona, para de esa manera poder obedecer 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 reglado por el artículo 29 de la Constitución Política.

El presente asunto, es sui generis, en tanto fueron cuatro funcionarios de la NUEVA EPS a los que decidió sancionar el a quo, por lo que a priori podría decirse que el mismo no individualizó de manera correcta a quienes debían obedecer el mandato ordenado, y quizás al hacer eco del argot popular que reza “más vale pecar por exceso que por defecto”, decidió que todos ellos eran los responsables de observar el referido fallo, lo cual por su puesto no comparte esta colegiatura.

Debe entonces entrarse a determinar quiénes son los funcionarios de la NUEVA EPS que deben dar cumplimiento al fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas, al ser evidente que únicamente dos de ellos -el encargado de realizar el pago de la incapacidad y su superior jerárquico- son los obligados a acatar la sentencia constitucional.

Aduce el apoderado de la NUEVA EPS que los realmente obligados a cumplir la tutela, relativa al pago de las incapacidades del señor **JAIME ZULUGA MONTOYA**, son los doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS- y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación- en atención a la estructura organizacional de la entidad.

Para verificar tal situación, y al consultarse el organigrama de la NUEVA EPS, se aprecia que el superior jerárquico de todos los funcionarios de la misma es el Presidente de la EPS y de ahí en adelante, todos son funcionarios de inferior nivel, entre los cuales se encuentra la Gerencia de Recaudo y Compensación, la que incluso es una dependencia de menor jerarquía que la Gerencia Regional del Eje Cafetero.

Si bien es cierto el abogado de la NUEVA EPS, pidió de manera insistente al Juzgado a quo que declarara la nulidad de lo actuado con fundamento en que no era el Presidente y la Gerente Regional de la NUEVA EPS del Eje Cafetero los obligados a acatar el mandato judicial, sino los funcionarios antes mencionados los que tienen tal deber –aunque el a quo no se pronunció respecto a la referida nulidad, se observa que de manera tácita aceptó lo pedido al vincular al asunto a los que según el apoderado eran los responsables de acatar la sentencia-, ningún documento se allegó para acreditar tal circunstancia, y no obstante que el despacho procuró obtener en la página web de la dicha EPS información concreta al respecto, nada de ello se logró.

Del organigrama de la NUEVA EPS[[4]](#footnote-4) se aprecia que existe una Vicepresidencia de Operaciones y que a la misma está adscrita la Gerencia de Recaudo y Compensación, pero de este no se desprende que en efecto la Dirección de Prestaciones Económicas sea a su vez una dependencia de dicha gerencia, toda vez que de ello nada dice el referido organigrama, y ningún otro dato al respecto se halló en la página electrónica de dicha EPS, en relación con la referida estructura organizacional, ni manual de funciones para corroborar lo que dice el referido togado. Ello, en sentir de la Sala debió haberlo probado en el trámite del desacato, pero solo se efectuaron manifestaciones sin sustento probatorio alguno.

Para la Sala tales argumentaciones lo único que pretenden es dilatar el trámite del asunto, ya que es claro que la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS, como máxima funcionaria de la entidad a nivel seccional -inclusive en el organigrama ostenta un nivel superior a la Gerencia de Recaudo-, es la que tiene la potestad para ordenar el pago de la incapacidad que reclama el actor, no obstante que sea otra persona la encargada de llevarlo a cabo, y ello nos permite pregonar entonces, que es ella la que en efecto debe cumplir el mandato judicial y por ende el superior jerárquico de la misma, es el Presidente de la NUEVA EPS.

Así las cosas, queda claro que lo relativo al cumplimiento de lo que fue objeto de la acción constitucional, es del resorte exclusivo de la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, -Gerente Regional del Eje Cafetero-, como primera obligada y el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS-, como su superior inmediato, los cuales están en franca rebeldía contra una decisión judicial que debe ser acatada, al no adelantar las gestiones a que hubiere lugar para pagar la incapacidad otorgada al señor **JAIME ZULUAGA MONTOYA** y que fue objeto de protección constitucional; por tanto, en ese sentido la providencia sancionatoria habrá de confirmarse parcialmente, por cuanto habrá de dejarse sin efecto lo decidido con respecto al Gerente de Recaudo y Compensación y el Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS, por lo ya aludido.

Ahora bien, en cuanto a la dosificación de la sanción -como ya ha sido objeto de decisión por esta Sala, con ponencia de quien ahora ejerce igual función-[[5]](#footnote-5), ella debe realizarse con sujeción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, los cuales atienden las circunstancias del hecho sancionador y las consecuencias del mismo. En el caso en consulta, aunque por parte de la entidad se ha continuado con la vulneración de la garantía constitucional de la tutelante, considera la magistratura que la fijada por el juez de instancia, si bien está dentro de los límites autorizados por la ley, se muestra un tanto desmedida en lo referido al tiempo de la orden de arresto.

Es así porque la privación de la libertad por el término de siete (07) días interferiría altamente en el desarrollo de las funciones de los cargos que ocupan los sancionados, lo cual se suma a los graves traumatismos institucionales de la EPS de la que hacen parte, así mismo es evidente que en este asunto es la primer ocasión en la cual se interpone incidente de desacato y por ende en que se impondría sanción a los que no obedecieron el mandato judicial. En esas circunstancias, la Sala es del criterio que debe morigerarse la sanción impuesta y en su reemplazo se fijará en tres (03) días de arresto y la multa de un (01) salario mínimo legal mensual vigente permanecerá incólume; igualmente se advierte que este incidente no terminará con ocasión de la sanción, pues recuérdese que se trata de una obligación sucesiva[[6]](#footnote-6) que sistemáticamente debe cumplirse, por lo que de persistir COLPENSIONES en la omisión que dio lugar a la interposición de la presente acción, **pueden sobrevenir futuras sanciones aún más gravosas**.

Y si bien el apoderado de la NUEVA EPS consideró que debía revocarse la sanción de arresto, por cuanto la de multa era suficiente, estima la Sala que si por parte de esa entidad no se acató la providencia judicial, no obstante ser conocedores de las sanciones de las que podrían ser objeto, especialmente la privación de la libertad, mucho menos lo harían si esta fuera únicamente monetaria, por lo cual en sentir de la Corporación, tal cual así lo señala el Decreto 2591 de 1991, lo que en derecho corresponde en este asunto es que en contra de los funcionarios vinculados debe mantenerse la sanción de arresto y multa en forma simultánea.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal,

4.- RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sanción adoptada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), al considerar la Sala que los funcionarios encargados del cumplimiento del fallo constitucional que han incurrido en desacato a la acción de tutela proferida en diciembre 12 de 2017 son los doctores JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS- y MARÍA LORENA SERNA MONTOYA -Gerente Regional del Eje Cafetero-.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sanción impuesta a los doctores JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS- y MARÍA LORENA SERNA MONTOYA -Gerente Regional del Eje Cafetero-, a tres (03) días de arresto y multa de un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

**TERCERO:** Se deja sin efecto las sanciones que habían sido impuestas contra los doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, -Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS- y la Dra. SEIRD NÚÑEZ GALLO -Gerente de Recaudo y Compensación de esa entidad-, por las razones esgrimidas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO:** **SE ADVIERTE** a los funcionarios sancionados que este incidente no terminará con ocasión de la sanción, pues recuérdese que se trata de una obligación sucesiva que sistemáticamente debe observarse, 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.

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 4 del cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 5 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Así se desprende de las anotaciones obrantes al consultar los Datos del referido proceso. Ver folio 8 del cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver <http://www.nuevaeps.com.co/Institucional/EstructuraOrganizacional.aspx> [↑](#footnote-ref-4)
5. Auto del 9 dic. 2014, Rad. 2013-27303, donde se decidió Consulta emanada del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad; entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. “En las órdenes de tracto sucesivo, pueden promoverse desacatos por el reiterado incumplimiento y puede exigirse el cumplimiento en cualquier instante, incluso el juez oficiosamente debe estar atento a hacer cumplir la orden de tutela. Si la orden que se profiere en una sentencia es de tracto sucesivo, como ocurre en el caso de pagarse mesadas pensionales o salarios, no existe inconveniente alguno para que haya sucesivas sanciones en caso de incumplimiento calificable como desacato” Sentencia T-744 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-6)