**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

 Acta de Aprobación N° 313

 Hora: 10:30 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 dictada a favor del señor **HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ**.

2.- ANTECEDENTES

**2.1.-** En junio 30 de 2017 la 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 del señor **HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ** dentro de la acción de tutela presentada a su favor por intermedio de agente oficiosa contra la NUEVA EPS, en consecuencia dispuso: “[…] Se ordena a la NUEVA EPS que dentro de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la notificación de este fallo, se proceda a la entrega de los 7 pañales para cada día, Tena Slepp N° 210, talla C, además se le asigne servicio de enfermería profesional por 24 horas en el sitio en el cual se encuentre el señor HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ, tal y como lo refirió el médico […] en lo sucesivo se le garantice al señor HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ la atención integral en salud […]”. Mediante auto de agosto 23 de 2017 se modificó la orden para aclarar que el servicio dispuesto era de enfermera auxiliar.

**2.2.-** La agente oficiosa del accionante mediante escrito entregado en enero 24 de 2018 informó al despacho que la NUEVA EPS desde enero 5 de 2018 nuevamente incumple el fallo de tutela al no proveer el servicio de enfermera auxiliar y pidió por tanto que se tramitara incidente de desacato.

**2.3.-**En auto de enero 25 de 2018 el juzgado dispuso oficiar a la Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, para que en el término de dos días acreditara el acatamiento de la sentencia, y al Presidente de la entidad -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, en su condición de superior jerárquico de la anterior, para que dentro del mismo término, conforme lo consagrado en el artículo 27 del Decreto 2591/91 hiciera cumplir la decisión y promoviera la correspondiente investigación disciplinaria.

**2.4.-** En enero 31 de 2018, el apoderado judicial de la NUEVA EPS, indica que el accionante tiene autorizados los pañales que requiere, así como el paquete de atención domiciliaria para enero de 2018, por lo cual la entidad no ha incumplido el fallo de tutela, por lo cual se presenta la carencia actual del objeto. Así mismo señala que quien debe responder por la acción de tutela es la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA como Gerente Regional del Eje Cafetero. Pide se abstenga de continuar el trámite.

**2.5.-** En febrero 2 de 2018, la agente oficiosa del señor HERNÁN SALAZAR, al ponérsele de presenta la respuesta entregada por la NUEVA EPS, informa que lo allí narrado es falso, pues su hermano tuvo servicio de enfermería solo hasta enero 5 de 2018, fecha desde la cual no ha vuelto a contar con el mismo, pese a lo ordenado por el Juzgado.

**2.6.-** Por oficio recibido en febrero 9 de 2018 vía electrónica, el Presidente de la NUEVA EPS, informa que emitió memorando a la Gerente Regional de Risaralda quien es la encargada de los servicios en esta zona del país, para que verifique el cumplimiento del fallo de tutela.

**2.7.-** Mediante auto de febrero 23 de 2018, el despacho abrió de manera formal el incidente de desacato contra JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y MARIÁ LORENA SERNA MONTOYA –Presidente y Gerente Regional Eje Cafetero de la NUEVA EPS-, a quienes les concedió un término de tres (03) días para que ejercieran su derecho a la defensa.

**2.8.-** Por escrito recibido en marzo 1° de 2018 el apoderado judicial de la NUEVA EPS, expresa que el actor tiene autorizados los pañales, así como el paquete domiciliario que cuenta con las terapias para el mes de febrero, pero señala que en lo relativo al servicio de enfermera de 24 horas, deben verificarse las circunstancias familiares y sociales de la persona que lo pide, pues en primer lugar el cuidado compete a la familia, por lo que no se puede olvidar la obligación que a les asiste en atención al principio de solidaridad.

Así mismo refiere la existencia de una nulidad, al no ser válido dar inicio al incidente frente al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, dado que dispuso requerir al responsable de acatar la tutela e iniciar la respectiva actuación disciplinaria, de lo cual informó al despacho, quien por ende no ha obrado de mala fe y por el contrario ha desplegado las actuaciones necesarias para atender el fallo judicial, al no radicar en él las gestiones de las áreas que conforman LA NUEVA EPS. Pide se abstengan de adelantar el incidente y de imponer sanción de multa y arresto contra la NUEVA EPS; en forma subsidiaria que se decrete la nulidad del auto de febrero 23 de 2018 y se excluya del trámite al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE.

**2.9.-** Luego de surtido el trámite de Ley, el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) en providencia de marzo 6 de 2018 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 seis (06) días de arresto y multa de dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

**2.10.-** En marzo 20 de 2018 el apoderado de la NUEVA EPS informa que al afiliado **HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ** le han prestado los servicios requeridos y el paquete de atención domiciliario a paciente crónica con terapias; así mismo señala que a marzo 05 de 2018 no existe en el sistema solicitud de cuidador y/o enfermera, ya que la última es de diciembre de 2018 -entiéndase 2017- y se le envía correo al proveedor para que informe porque no ha dado cumplimiento al servicio. Luego de hacer alusión a las obligaciones entre las EPS e IPS y que en este asunto faltó la notificación de la IPS H&L SALUD S.A.S. CARTAGO y la IPS CUIDARTE TU SALUD S.A.S. de Pereira quienes deben realizar los procedimientos requeridos por el afiliado, genera una nulidad insubsanable al no haberse dado la oportunidad de conocer el proceso desde el inicio e impugnar las decisiones respectivas. Pide en consecuencia que así se decrete y de forma subsidiaria se revoque la sanción de arresto dictada en contra de los funcionarios de la NUEVA EPS, por ser pertinente y suficiente la multa impuesta.

**2.11.-** En marzo 21 de 2018, aun hallándose las diligencias en el despacho a quo nuevamente se pronunció el apoderado de la NUEVA EPS para informar que ya autorizó el servicio requerido, como así lo confirmó la actora. Pide se inaplique la sanción impuesta al haber cumplido el mandato judicial, se proceda a su suspensión y de forma subsidiaria sean exonerados de arresto y multa los funcionarios de la NUEVA EPS.

**2.12.** Presente ante el despacho a quo la señora ROCÍO SALAZAR HERNÁNDEZ, refirió que la entidad burla la decisión judicial, pues aunque han ordenado el servicio de enfermería por 24 horas, solo le han dicho que espere sin solucionarle el problema y considera mentiroso lo que el apoderado de la NUEVA EPS ha indicado en sus escritos.

**2.13.** Por parte de la Sala se obtuvo comunicación telefónica con la señora ROCÍO SALAZAR, agente oficiosa del señor HERNÁN SALAZAR, quien manifestó que en lo corrido de este año, no se le ha brindado el servicio de auxiliar de enfermería requerido por su hermano y reitera que lo expresado por la NUEVA EPS, no es cierto. Igualmente se entabló contacto telefónico con servidoras de la IPS H&L SALUD S.A.S., e IPS CUIDARTE TU SALUD S.A.S., donde se infiere que ninguna de esas dos empresas le prestan el servicio requerido por el actor, en tanto ninguna tiene disponibilidad de personal para atender al mismo en el municipio de Santa Rosa de Cabal.

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 Juzgado 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 se sepa quién es la persona encargada de su observancia, los motivos por los cuáles no la acató, y, además, quién es su superior, para de esa manera poder observar 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 todos los ciudadanos en Colombia, según lo reglado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Se vislumbra que por parte de la jueza 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 titular del despacho fue garantista al enviar notificaciones a los encargados de acatar el fallo constitucional, tales actividades fueron infructuosas y esos avisos no fueron suficientes para lograr que los servidores de la NUEVA EPS dieran cumplimiento a lo resuelto en la sentencia emitida en junio 30 de 2017.

Obsérvese igualmente que por parte del representante judicial de la NUEVA EPS, en escrito recibido en marzo 01 de 2018 se informó que el servicio de enfermería 24 horas debe ser brindado por la familia del paciente, lo que demuestra que por parte de dicha entidad se pasa por alto lo dispuesto en la determinación judicial que amparó los derechos fundamentales del señor **SALAZAR**, y se perpetúa su vulneración. Así se sostiene porque muy a pesar que el señor apoderado indicó que se autorizó a la IPS H&L SALUD S.A.S. para la prestación del servicio de enfermería requerido por el actor, ello fue descartado por la misma empresa, tal cual lo corroboró la Sala.

En efecto, la hermana del accionante adujo que en la presente anualidad, más concretamente desde enero 5 de 2018, esa asistencia no se le ha brindado por parte de la NUEVA EPS, a lo cual le da plena credibilidad por lo ya verificado y por lo referido por el apoderado de la entidad demandada, en cuanto indica que la última solicitud fue del mes de diciembre del año anterior, la que al parecer se cumplió a raíz del primer incidente de desacato y por unos pocos días -al parecer 17 como lo indicó la agente oficiosa, para luego volver a desacatarse la orden judicial.

En este trámite fueron vinculados por parte de la NUEVA EPS su Gerente Regional del Eje Cafetero -Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA-, y su Presidente -Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE-, por ser los encargados de su observancia. No obstante, el apoderado de la entidad señaló que la única obligada a acatar la tutela es la Gerente Regional Risaralda, por cuanto el Presidente de la entidad, si bien es su superior jerárquico, no es el responsable de atender el fallo constitucional, a consecuencia de lo cual pidió la nulidad de lo actuado, máxime que adelantó las gestiones pertinentes para lograr su cumplimiento.

Frente a ese específico argumento debe decir la Corporación que si bien es cierto en primer lugar la obligada es la Gerente Regional, su superior jerárquico tiene el compromiso de velar porque la misma acate la orden judicial, ya que en el caso de no hacerlo el juez “podrá” sancionar al uno o al otro por incumplir la sentencia de tutela. Al respecto el canon 27 del Decreto 2591/91, señala:

“Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. **El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia** […]”

Es evidente que en el presente caso por parte de la NUEVA EPS no se ha cumplido a cabalidad el mandato judicial y es claro que lo relativo a la observancia de lo que fue objeto de la tutela es del resorte exclusivo de la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, -Gerente Regional del Eje Cafetero-, como primera obligada, y del Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS-, como su superior inmediato, quienes no han atendido la orden proferida a favor del señor **HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ**, al no brindar al accionante la atención que requiere, sin tener en consideración que se trata de un sujeto de especial protección en razón de sus padecimientos de salud y a quien tiene el deber de garantizarle una atención preferente y prioritaria.

Para el Tribunal tampoco basta el envío de un memorando por parte del Presidente de la entidad a su Gerente Regional, para considerar con ello que no le asiste compromiso en una omisión que en efecto le es imputable a la entidad que dirige, y la cual todavía persiste, toda vez que a la fecha el servicio que reclama el accionante aun brilla por su ausencia. En ese orden de ideas, se considera que la sanción impuesta en el presente incidente se encuentra ajustada a derecho.

Ahora bien, como quiera que el apoderado de la NUEVA EPS informa que existe una irregularidad insubsanable en el procedimiento por cuanto no se notificó a las IPS H&L SALUD S.S.A de Cartago (V.) e IPS CUIDARTE TU SALUD S.A.S. de Pereira (Rda.), a las cuales no se les dio la oportunidad de conocer el proceso desde su inicio e impugnar las decisiones proferidas, al respecto debe indicarse que es evidente el equívoco en el que incurre el referido profesional, al señalar a la hora de ahora y en sede de incidente de desacato que tales entidades debieron ser atadas a este procedimiento.

De asistirle alguna razón al apoderado, ello debió haberlo manifestado durante el trámite de la acción de tutela que tramitó el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, de estimar que tales IPS tenían alguna responsabilidad en la prestación de los servicios de salud del señor **HERNÁN SALAZAR**. Pero lo que se sabe es que la orden judicial fue dirigida concretamente a la NUEVA EPS a la cual está afiliado el enfermo. Con mayor razón tampoco podían ser vinculadas a este incidente dichas IPS, ya que a las mismas ningún mandato se les dio, tornándose inocua la solicitud que al respecto elevó el representante judicial de la NUEVA EPS.

Ahora, en cuanto a la sanción de arresto y multa que le fue impuesta a quienes no dieron cumplimiento al fallo constitucional, debe indicarse que si bien 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 las consecuencias del mismo, lo que ha conllevado que en diversas ocasiones se haya variado el término de arresto y multa impuestos, para fijarlas 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 que hubiere sido endilgada a quienes no acataron la sentencia constitucional.

Empero, en el caso en consulta, y no obstante que de ello nada dijo la a quo, lo que se aprecia es que la entidad ha continuado con la afectación de la garantía constitucional del tutelante, lo que ameritó que al menos en otra oportunidad anterior se haya sancionado a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA -Gerente Regional del Eje Cafetero-, como primera obligada, y al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE -Presidente de la NUEVA EPS-[[1]](#footnote-1), al no acatar la sentencia de tutela; y, por ende, estima esta magistratura que la accionada ha sido reiterativa en el incumplimiento de la decisión que amparó los derechos fundamentales del señor **HERNÁN SALAZAR HERNÁNDEZ**, sin que para ello obre justificación alguna, por lo que aquella fijada por la juez de instancia se estima correcta, en tanto se halla dentro de los límites autorizados por la ley[[2]](#footnote-2), y atiende la situación advertida.

Adicionalmente, muy a pesar que el apoderado de la NUEVA EPS pidió que se revocara la sanción de arresto por cuanto la de multa era suficiente, considera el Tribunal que si por parte de esa entidad no se acató la providencia judicial, no obstante ser conocedores de las penalidades de las que podrían ser objeto, especialmente la privación de la libertad, mucho menos lo harían si esta fuera únicamente monetaria, por lo cual, atendiendo lo señalado por 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.

4.- DECISIÓN

Conforme con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la providencia proferida por el Juzgado 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

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. En providencia de enero 22 de 2018, acta N° 0018, esta Corporación confirmó la sanción para dichos funcionarios, consistente en 03 días de arresto y multa de 01 s.m.l.m.v. Dicha penalidad no fue ejecutada por el despacho a quo, por cuanto la NUEVA EPS procedió a cumplir la orden, lo cual efectuaron solo por espacio de 17 días. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)