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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acta de Aprobación N° 414

Hora: 10:00 a.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 y Representante Legal 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 abril 05 de 2018 la agente oficiosa de la accionante informó vía correo electrónico al despacho que la NUEVA EPS incumple la tutela impartida al no autorizar los insumos que le fueron ordenados a su señora madre por parte del neumólogo tratante, consistentes en: “Máscara para CPAP, talla M, cantidad 1; equipo CPAP a 11 cms de agua, mas Humedificador, cantidad 1 -el cual debe usar siempre al dormir-; oxígeno portátil en vuelo a 3 litros por minuto, cantidad 1, y cita de control por neumología 2 meses, con lectura de tarjeta CPAP”. Señala además que no es la primera vez que acude a la protección de los derechos de su señora madre, ya que la NUEVA EPS se toma todo el tiempo para entregar las autorizaciones y nadie responde por la mora. Pide se dé inicio al incidente de desacato.

**2.3.-** En abril 09 de 2018 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, conforme lo reglado en el canon 27 del Decreto 2591/91.

**2.4.-** Por parte del representante judicial de la NUEVA EPS, se comunicó que la entidad desarrolla las gestiones administrativas para la asignación del concentrador de oxígeno y en consecuencia se presenta la carencia actual del objeto por hecho superado. Pide se abstenga de continuar con este diligenciamiento y se les conceda un término prudencial para materializar lo solicitado.

**2.5.-** No obstante dicha petición, el juzgado mediante proveído de abril 19 de 2018 y al considerar que el fondo de la tutela no se cumplió, dispuso abrir formalmente 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, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591/91.

**2.6.-** El apoderado judicial de la NUEVA EPS señala que la entidad no ha incumplido el fallo constitucional y por ende se está ante la carencia actual del objeto, toda vez que se le autorizó el paquete integral de suministro de oxígeno medicinal, con portátil permanente para la IPS Oxígenos de Colombia, encargado de garantizar dicha entrega oportuna. Estima además que el trámite del desacato no observa las exigencias legales, toda vez que aunque el despacho ordena el requerimiento a la encargada de cumplir la tutela, ordena la apertura contra su superior jerárquico, sin requerimiento previo, con lo cual se vulnera el debido proceso, toda vez que el mismo debe realizarse 48 horas después de requerir el obligado a acatar el fallo, que en este caso es la Dra. MARÍA LORENA SERNA, Gerente Regional del Eje Cafetero. Pide se archive el incidente, o de manera subsidiaria se decrete la nulidad de lo actuado desde el auto de abril 19 de 2018 y se abstengan de imponer sanción a los representantes legales de la NUEVA EPS.

**2.7.-** Luego de surtido el trámite de Ley, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en decisión de abril 27 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 3 días de arresto y multa de 1 s.m.l.m.v.

**2.8.-** Como quiera que en el presente asunto ya se habían impuestos dos sanciones anteriores, habiéndose incluso incrementado la penalidad en la segunda de ellas por parte de esta Sala, por parte del Juzgado a quo se indicó que las mismas no se ejecutaron, al haberse verificado el cumplimiento de las órdenes médicas impartidas a favor de la señora **LUZ AMPARO ARIAS.** Igualmente al verificar con la agente oficiosa de la accionante, si por parte de la IPS ya le fueron entregados los insumos requeridos en esta oportunidad, toda vez que al parecer ya fueron autorizados, ante lo cual informó que a la fecha ello no se ha concretado[[1]](#footnote-1).

3.- Para resolver, se CONSIDERA

Existe competencia funcional para desatar el grado de consulta surtido sobre la decisión proferida dentro del 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 ha dado 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 observara el reclamo de la actora, sin que a la fecha ello se hubiera concretado.

Para efectos de una sanción por inobservancia a un fallo de tutela, es estrictamente necesario que durante el incidente 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. Así mismo, se tuvo buen cuidado de aportar sendas copias de los oficios que les fueron remitidos[[2]](#footnote-2).

Ahora bien, en el curso de este incidente el apoderado de la NUEVA EPS indicó que la entidad ha cumplido con la orden constitucional, por cuanto ya se autorizó un paquete integral de suministro del oxígeno medicinal que requiere la señora **LUZ AMPARO ARIAS TABARES**, pero a la fecha no se le ha suministrado ninguno de los insumos requeridos, como así lo comunicó a esta Sala la hija de la actora quien funge como agente oficiosa, y en consecuencia, debe reiterar la Sala que la atención en salud que necesita la enferma no puede circunscribirse única y exclusivamente a la expedición de órdenes, sino que la EPS debe velar por su efectiva realización, situación que en este caso no ha tenido ocurrencia.

En ese orden de ideas considera esta Corporación 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, 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 la entrega oportuna de los insumos médicos que le fueron prescritos, como tampoco se le ha autorizado la cita de control con especialista en Neumología, pese a que tales documentos fueron radicados desde marzo 15 de 2018, como así lo refirió la hija de la actora, por lo cual estima la Sala que en efecto la decisión sancionatoria que se profirió frente a los mismos, se encuentra ajustada a derecho.

No obstante que dentro de este incidente, el apoderado de la NUEVA EPS solicitó la nulidad de lo actuado, por cuanto en su sentir el a quo no efectuó el requerimiento previo al superior jerárquico de la encargada de cumplir el fallo, es evidente conforme a lo arrimado a la actuación que el despacho sí procedió de tal manera, y si bien no lo hizo 48 horas después de realizar el inicial requerimiento a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente Regional de la NUEVA EPS, sino que fue de manera concomitante -como así se aprecia en lo decidido por auto de abril 9 de 2018-, ello en sentir de la Sala no genera irregularidad alguna que dé al traste con el trámite allí adelantado.

Ello, por cuanto el deber del funcionario de primer nivel es el de efectuar el requerimiento tanto al obligado como a quien ostenta su superioridad jerárquica, pero el hecho de que este se realice de manera simultánea, como acá ocurrió, no implica vulneración alguna al derecho al debido proceso del Presidente de la NUEVA EPS, en tanto lo importante es que ambos servidores se encuentren debidamente enterados de este diligenciamiento y acá es evidente que los mismos fueron informados de este procedimiento, y ello precisamente fue lo que motivó las dos intervenciones que realizó su apoderado judicial.

De otro lado y aunque el referido apoderado señaló que en el presente evento existe la carencia actual del objeto por hecho superado, tal circunstancia no está acreditada en este asunto, en tanto lo único que al parecer podría dar cuenta de la gestión de la NUEVA EPS, es que emitió una autorización para que a la señora **LUZ AMPARO ARIAS** se le suministre un paquete de oxígeno medicinal, pero aun así, ello no se ha hecho efectivo y, en consecuencia, se aprecia palmaria la afectación de los derechos de la accionante y de contera la omisión de la EPS en el cumplimiento del fallo constitucional.

Considera la Sala entonces que la decisión proferida por el funcionario de primer nivel se encuentra ajustada a derecho y se procederá a su confirmación, no sin antes advertir nuevamente a los ciudadanos sancionados que este incidente no terminará con ocasión de la penalidad impuesta, 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**.

Igualmente y no obstante que en este asunto ya se han impuesto dos sanciones anteriores contra los mismos funcionarios de la NUEVA EPS, las cuales no se hicieron efectivas por el juez a quo al haberse verificado el cumplimiento de la atención en salud requerida por la actora -como así se informó a esta Sala-, estima esta magistratura que la sanción de arresto y multa que en el presente caso fue impuesta por el juez de instancia se observa correcta, en tanto se halla dentro de los límites autorizados por la ley[[3]](#footnote-3), y atiende la situación advertida.

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 Primero Penal del Circuito de Pereira (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. Ver folio 6 Cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folios 22, 23, 33, 34, 49 y 50. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)