

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP368-2019

Radicación n.º101936

(Aprobado Acta No. 014)

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por José Emiliano Torres Jojoa, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 02 de noviembre de 2018, que concedió la solicitud de amparo formulada por la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess contra el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías, con ocasión de la sanción impuesta dentro del incidente de desacato promovido dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 520014071002-2016-0076.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en el fallo de tutela de primera instancia, en los siguientes términos¹:

Refiere la apoderada judicial de EMSSANAR ESS, que dentro del trámite de la acción de tutela promovida por el señor José Emiliano Torres Jojoa en contra de EMSSANAR ESS ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías para Adolescentes de Pasto, se profirió decisión el 28 de septiembre de 2016 ordenando en su numeral tercero EMSSANAR ESS, que por medio de su representante le garantice en favor del accionante, entre otros, el tratamiento integral (POS y NO POS) que requiera su patología de Sarcoma de Kaposi, conforme prescripción del médico tratante, a través de uno de los prestadores del servicio definido por la Secretaría Departamental de Salud de Putumayo (en adelante SDSP).

Indica que tal y como ha tratado de demostrar en los informes allegados en el transcurso del trámite incidental de desacato, el medicamento DAUNORUBICINA 50MG/25ML fue autorizado el 9 de mayo de 2018 mediante orden Nro. 7642576 para la FARMACIAA PRODFARMED, la cual fue entregada al usuario el mismo día y radicada ante la farmacia, quien anotó que el mismo no está disponible en Colombia, y que debe importarse.

Igualmente manifiesta que la SDSP a través de reuniones manifestó la dificultad no solo de conseguir el medicamento sino de su cancelación por el alto costo que representa.

Por lo anterior, señala que EMSSANAR ESS ha realizado las gestiones pertinentes y competentes de acuerdo al fallo de tutela, pero que es uno de los prestadores del servicio definido por la SDSP, el encargado de suministrar el medicamento, a efectos de continuar con el tratamiento médico ordenado para el accionante.

Indica que la responsabilidad entonces, es de la SDSP, quien a la fecha no ha dispuesto de una red de prestadores efectivos para dar cumplimiento con la prestación del servicio.

Manifiesta que el 22 de agosto de 2018, la SDSP estuvo en reunión con las entidades correspondientes para definir la prestación del servicio, ratificando lo complicado de adquirir este medicamento por los estándares de calidad que permitan la liberación y despacho.

Por lo que en aras de garantizar el tratamiento integral del señor Torres Jojoa, así como el de otros pacientes a quienes se ha formulado el medicamento por padecer Sarcoma de Kapossi, por parte de sus proveedores se ha puesto de manifiesto, tal y como refiere la farmacéutica HUMAN BIO SCIENCE en certificación que se anexa, que a la fecha no hay distribución en el mundo del medicamento DAUNORUBICINA LIPOSOMAL CITRATO 50MG/25ML (DAUNOXOME) CANT 24, circunstancia que imposibilitaría garantizar la orden proferida mediante fallo de tutela a favor del señor Torres Jojoa.

Informa que pese a las gestiones adelantadas por parte de EMSSANAR ESS ante el INVIMA con el fin de que se informe y/o certifique la condición actual de disponibilidad de importación del medicamento y ante la red de prestadores de los entes departamentales, en vista de las claras condiciones que posibilitan su suministro a los usuarios, se acudió a la Fundación Hospital San Pedro por intermedio de su Subgerente de prestaciones de servicios para efectos de exponer esta situación y junto con el grupo de profesionales competentes, se evalúe un plan de manejo terapéutico alternativo, en tanto se tenga disponibilidad del medicamento para que sea suministrado conforme a lo dispuesto en el fallo de tutela.

Todo lo anterior, para indicar que los escritos allegados el transcurso del trámite de la acción de tutela, han buscado dar claridad en lo que respecta a las gestiones desplegadas para efectos de garantizar los servicios de salud requeridos por el usuario, recalcando que por parte de EMSSANAR ESS se han desplegado las gestiones tendientes a garantizar que se dé continuidad en el acceso a los servicios requeridos por el accionante, conforme a lo dispuesto en el fallo tutelar; no obstante la posición asumida por la SDSP a través de su red prestadores contratada, que para el caso es la FARMACIA PRODFARMED, ha puesto una barrera que sumada a la dificultad en la consecución del medicamento a nivel nacional, ha derivado en el perjuicio que a la fecha sufre el Representante Legal de EMSSANAR ESS.

Lo anterior, en el entendido de que mediante providencia del 21 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías

para Adolescentes de Pasto, se sancionó por desacato dentro de la acción de tutela que se ha venido refiriendo, al Gerente General y Representante Legal de EMSSANAR ESS, Dr. Carlos Fajardo Pabón, con arresto de 3 días y multa de 3 SMLMV. Decisión confirmada en grado de consulta, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto, el 27 de agosto de 2018.

Finalmente, estando en el trámite de notificación, EMSSANAR ESS remitió escrito por medio del cual anexa oficio del 18 de octubre de 2018 del Representante Legal de PRODFARMED S.A.S., en el cual se pone de manifiesto que la solicitud de medicamento DAUNORUBICINA HIDROCHLORIDE – LIPOSOMAL -DAUNOXOME 50MG/ML AMPOLLA (DAUNOXOME) con la autorización expedida por parte de EMSANAR ESS, emitida por la certificación de la disponibilidad (para otro usuario) previa autorización de importación del INVIMA, allegada por el distribuidor de medicamentos MEDIPHARMA COLOMBIA S.A.S., reposa en la SDSP debido a que se encuentra en proceso de verificación, por lo cual cualquier requerimiento con respecto al tema se debe remitir con el Ente Departamental. (Textual).

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 02 de noviembre de 2018, concedió el amparo invocado por la parte accionante, al considerar que no se encontraba demostrada la responsabilidad subjetiva del Gerente General y Representante Legal de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess, puesto que dicha entidad había realizado todas las actividades tendientes al cumplimiento del fallo tutelar en favor de José Emiliano Torres Jojoa, consistente en suministrar el medicamento NO PBS, por lo que «se generaron en consecuencia, cargas a EMSSANAR ESS que desde el punto de vista jurídico y material resultaban imposibles de cumplir, por varias razones, especialmente el alto costo del medicamento, que genera una dificultad tanto presupuestal como administrativa para su consecución; motivo por el cual se considera que la responsabilidad subjetiva del Gerente de la ESS EMSSANAR no se encuentra configurada».2

Así mismo señaló el Tribunal que en las decisiones que tramitaron el incidente de desacato y su consulta, existió una lesión en el derecho fundamental al debido proceso «pues de lo transliterado, se percibe una incompleta motivación que impide saber cuál fue el sustento de la decisión».3

LA IMPUGNACIÓN

El 09 de noviembre de 2018, el ciudadano José Emiliano Torres Jojoa interpuso recurso de impugnación, censurando que la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess no ha cumplido la orden de tutela que le fue impartida desde septiembre de 2017, pues si bien emitió una autorización para los medicamentos, esta es una simple formalidad por cuanto no tenían contratación vigente para medicamentos vitales no disponibles o de alto costo.

Asimismo, indicó que Prodfarmed no es la única farmacia con la capacidad de importar el medicamento, pues existe otro importador denominado MedisPharma S.A.S., quien puede garantizar la entrega del medicamento Daunorubicina 50MG/25ML de carácter inmediato.

Puso de presente que la enfermedad que padece sigue avanzando, al punto que ya tiene comprometido el pulmón izquierdo y varios órganos internos.

Señala que el costo que argumenta la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess y la Secretaría de Salud del Departamento del Putumayo no tiene ningún fundamento, pues ha realizado cotizaciones del producto por valores muy inferiores a la suma expresada.

Finalmente censura que en su caso se presenten trabas administrativas cuando a otro paciente que padece el mismo cáncer agresivo se le ordenó entregar el medicamento.4

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por José Emiliano Torres Jojoa contra el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 02 de noviembre de 2018.

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si contra las decisiones proferidas dentro del incidente de desacato que adelantó José Emiliano Torres Jojoa para que se declarara el incumplimiento de la orden de tutela emitida en la acción de tutela radicada bajo el número 520014071002-2016-0076, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales y, en consecuencia, es procedente confirmar el fallo de tutela de primera instancia.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Como ha sido recurrentemente recordado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la parte accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.⁵

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto

en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales de la parte accionante.

e. Que la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta».

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁶ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

e. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [7].

h. Violación directa de la Constitución.

Queda entonces claro que en atención a la fuerza normativa de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial, la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se dirige a cuestionar una decisión judicial, tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente enunciados. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Adicionalmente, cuando el amparo invocado es contra decisiones judiciales proferidas durante el trámite del incidente de desacato o con ocasión de la solicitud de cumplimiento de un fallo de tutela, claramente se ha señalado que el juez constitucional no puede invadir las competencias de la otra autoridad.

Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-325 de 2015:

...no podrá reabrir el debate constitucional dado con ocasión de la acción de tutela cuyo desacato o cumplimiento se solicita, por cuanto su análisis se encuentra limitado a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante como consecuencia de las decisiones proferidas durante el trámite de cumplimiento o de desacato en comento. (Textual).

Análisis del caso concreto.

En el presente caso, las decisiones censuradas corresponden a las emitidas dentro del incidente de desacato que adelantó José Emiliano Torres Jojoa en el marco la acción de tutela radicada bajo el número 520014071002-2016-0076, el 21 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Municipal para Adolescentes de Pasto con Función de Control de Garantías, mediante el cual el representante legal de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess fue sancionado por desacato, y el 27 de agosto por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto con Función de Conocimiento que la confirmó en el grado jurisdiccional de consulta.

En la presente acción constitucional, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, obrando como juez de tutela de primera instancia, determinó que contra las referidas decisiones se configuró el requisito específico de procedibilidad denominado «decisión sin motivación», pues consideró que a la luz de las actuaciones que adelantó la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess, carecen de una motivación suficiente para sancionar a su representante legal.

Al respecto, la Sala procedió a revisar las pruebas aportadas⁸, a partir de las cuales evidenció que, contrario a lo considerado por el juez de tutela de primera instancia, las autoridades accionadas sí argumentaron con suficiencia porqué el representante legal había incurrido en desacato y debía ser sancionado con el fin de lograr el cumplimiento de la orden de tutela que le fue impartida.

Es así como constata que tanto el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías, como el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto con Función de Conocimiento, dejaron en evidencia que la orden de tutela fue emitida en relación con el representante legal de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess, a quien le fue establecido que debía entregar el medicamento que el médico tratante del ciudadano José Emiliano Torres Jojoa le prescribió, y que a pesar de tener conocimiento de esta orden, no adelantó las gestiones pertinentes para cumplirla sino que se limitó a presentar diferentes excusas, las cuales fueron desvirtuadas por las autoridades judiciales aquí accionadas, en su condición de velar por el cumplimiento del fallo de tutela.

Dijo el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías:

En este sentido, vale anotar que la negativa de la ESS EMSSANAR, no puede justificarse en el hecho de que la Secretaría de Salud del Putumayo es quien deber asumir el suministro del medicamento DAUNORRUBICINA LIPOSOMAL (DAUNOXOME 50MG), pues el fallo de tutela es categórico al afirmar que es la ESS EMSSANAR quien debe realizar la entrega del mismo a través de uno de los prestadores de servicios del ente territorial, lo cual adicionado al actual modelo de prestación de servicios y tecnologías excluidas del Plan de Beneficios en Salud, establece que es deber ineludible de la ESS EMSSANAR garantizar la prestación del servicio médico en este caso la entrega -del medicamento y ejercer el correspondiente recobro ante el ente territorial, conforme la Resolución 5269 de 2017, nuevo PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD CON CARGO A LA IJPC (PBSUPC), con cargo a la UPC y la ley 1751 de 2015, ley estatutaria de salud, y la resolución 1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección

Social.

Ahora bien la ESS EMSSANAR, mediante memorial fechado 15 de agosto de 2018, refiere que haber dado cumplimiento al fallo de tutela y haber ordenado la entrega del medicamento requerido por el accionante y aporta la autorización de servicios para entregarse en la IPS PRODFARMED MOCOA, no obstante, el accionante, mediante memorial fechado 21 de agosto manifiesta que ha acudido en dos oportunidades a dicha IPS, en donde la manifiestan la imposibilidad de hacer entrega de dicho medicamento, pues se trata de un medicamento de alto costo, que la IPS no se encuentra en capacidad de adquirir, razón por la cual los documentos han sido devueltos a la ESS EMSSANAR.

Así las cosas, emerge evidente la responsabilidad del señor CARLOS EDMUNDO FAJARDO PABON gerente de EMSSANAR ESS, frente al desacato del fallo de tutela proferido dentro de la presente actuación, tal y como lo acredita el certificado de existencia y representación de Cámara de Comercio aportado precisamente por la Cámara de comercio de Pasto y por la propia entidad incidentadas. Valga puntualizar que el incidentado, pese haberse requerido en dos oportunidades previo a iniciarse el trámite incidental y a quien igualmente se le comunicó la apretura de [sic] mismo, con miras a que se pronuncie frente al incumplimiento de esta acción constitucional, ha pretermitido dar cumplimiento a las ordenes contenidas en el fallo de tutela, lo cual pone en evidencia su actitud completamente pasiva frente cumplimiento de la orden tutelar emitida, evadiendo la responsabilidad legal que le asiste, pone en evidencia su actitud completamente pasiva frente al requerimiento realizado, pues en lugar de adelantar alguna actuación tendiente a observar el pleno cumplimiento de la orden tutelar emitida. (Resaltado fuera del texto original).

Consideraciones que fueron compartidas por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto con Función de Conocimiento, quien en el grado jurisdiccional de consulta confirmó la sanción impuesta contra el representante legal de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess al comprobar la responsabilidad del sancionado:

En el caso del que se ocupa la judicatura en el grado jurisdiccional de consulta, se ha evidenciado desinterés, desatención e Incuria en la ejecución del mandato que ampara los derechos constitucionales del suplicante, resultando la omisión contraria a derecho, ya que sin justificación dilata y prolonga en el tiempo la transgresión de los derechos fundamentales, lo que se traduce en una negligencia comprobada.

Más como se recordó en precedencia, este trámite Incidental de desacato es por naturaleza personal y busca establecer la responsabilidad individual de quien, estando en posibilidad de acatar el mandato judicial de amparo, deja de hacerlo sin justificación alguna, situación que ha sido verificada a lo largo del presente incidente toda vez que la entidad accionada a través de su representante legal el señor CARLOS EDMUNDO FAJARDO PABÓN, persona, que por sus funciones y cargo se ha determinado como la encargada de hacer cumplir el fallo dentro de la empresa EMSSANAR S.A.S, empresa que tiene como finalidad de conformidad, al objeto social, garantizar la prestación de servicios de salud de los afiliados a la entidad prestadora de salud (ver folios 142-144 del plenario), no lo ha hecho, pese a los ingentes requerimientos judiciales ni a lo disuasivo del mismo incidente de desacato, dándose los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para confirmar la sanción establecida por el juzgado de primera instancia, no sin antes aclarar que la persona sancionada es quien figura -en documento idóneo esto es Certificado de Existencia y Representación Legal- - como Representante legal de Emssanar S.A.S empresa que aparece registrada como garante de la prestación de servicios de salud dentro de la promotora de salud a la cual se encuentra afiliada la actora.

En nuestro sentir, el ingrediente subjetivo para establecer la responsabilidad del desacato se encuentra acreditado con la actitud del señor FAJARDO RABÓN, pues habiendo tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la imposibilidad del suministro de lo ordenado en tutela que con urgencia vital y necesidad requiere el accionante, no ha dado, pese al amplio paso del tiempo, una explicación justificante y valedera de la omisión en la entrega del medicamento.

En este punto es pertinente referirnos con detalle a las manifestaciones defensivas planteadas a lo largo del trámite incidental, así:

* En torno a que según el fallo no le corresponde al representante legal de la EPS asumir la prestación, no es de recibo, ya que la misma juez de instancia que es la que lo profirió y es la quien determinó el sentido de la sentencia, no hay asomo de duda que la prestación fue ordenada a EMSSANAR y no a la Secretaría de Salud Departamental del Putumayo, ni menos a la entidad designada por ésta, pues el deber de la EPS desde que se dictó la sentencia (46 horas) fue la de garantizar el medicamento. En este sentido es relevante el oficio visible a folio 266 del expediente, donde reposa respuesta por parte de la Secretaría de Salud del Putumayo la que indica a la entidad EMSSANAR ESS que aplique el modelo II de la resolución 407, asignando la IPS que EMSSANAR ESS considere y con posterioridad sobre los servicios prestados por este evento al ente territorial, gestiones que la entidad EMSSANAR ESS hasta el día de hoy no se conoce que hubiese realizado. Esta situación guarda consonancia con lo que se percibe a folios 268 del expediente cuando en mensaje de correo electrónico remitido por la señora Karen Rosas de Emssanar previno que no se hará la entrega con una red del SSP hasta que la Secretaria no envíe oficio de aplicación del modelo II.

* En cuanto a una aparente imposibilidad de obtener el medicamento por ser escaso, miramos que esta justificación que se ha querido plantear a último momento, allegándose documentos que así tratan de acreditarlo, se desvanece por el hecho del amplio paso del tiempo pues la sentencia que ampara los derechos de una persona con enfermedad de alto costo y de la tercera edad, fue emitida el 28 de septiembre de 2016, vale decir que el trascurso desmesurado del tiempo sin actuación razonable tendiente a obtenerlo, no permite asumir la escasez actual como justificante.

* Respecto a que el medicamento no es idóneo o que no tiene aprobación por el

INVIMA o que existen otros en el mercado con aptitud, se atisba de un lado que la persona de la tercera edad para quien se promovió el fallo fue valorada por un médico especialista distinto al tratante y no refirió la posibilidad de cambio de fórmula. Por el contrario, en la actuación reposa concepto del galeno tratante (Oncólogo JAIME GARCÉS ROBLES) en el que conminado al cambio dictamina que lo formulado es lo que requiere su paciente al haber sido tratado con otros medicamentos que haciendo parte del POS han dado mala respuesta y que lo prescrito no cuenta con registro INVIMA pero si con aprobación de la evaluación farmacológica por el INVIMA conforme a Resolución 2016010560 de 4 de abril de 2016 y que se distribuye en el territorio Colombiano bajo la figura de Medicamento Vital no disponible en concordancia con el Decreto 451 de 2004, medicamento que según el especialista no tiene un homólogo.

* En lo atinente a que la prescripción es de alto costo, pues es evidente que si él no forma parte del POS la entidad accionada tendrá la oportunidad de hacer directamente el cobro a la entidad territorial pertinente, cuestión que no la define el juez de tutela sino la ley.

Todo lo anterior hace que la sanción deba aplicarse ya que no solamente está demostrado el factor objetivo de incumplimiento sino también el subjetivo, consistente en la negligencia persistente en el tiempo para suministrar un medicamento indispensable para enfrentar una enfermedad grave que afronta una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional.

Precisado lo anterior hemos de pronunciarnos sobre la inviabilidad de la solicitud de declaratoria de nulidad que ha planteado EMSSANAR EPS por conducto de apoderada judicial, la que en últimas se hace consistir en que se ha trasgredido el debido proceso y el derecho de defensa a la par-que hay falta de vinculación de quien debe hacer frente al desacato.

En efecto, una minuciosa revisión de lo actuado delata que en el incidente se brindó al sancionado el debido proceso y la oportunidad de defensa, pues la actuación incidental siguió el trámite de rigor y además no se pase por alto que la actuación ya había sido anulada por nuestro Despacho a través de auto de 6 de junio de 2018 (fs. 215 y siguientes), habiendo sido restaurada por el Juzgado de Instancia el cual vinculó al trámite a la Secretaría de Salud del Departamento del Putumayo. De otro lado, no se observa irregularidad trascendente y con la capacidad de menoscabar la actuación Incidental, por lo que cualquier petición en este sentido no tendría otro propósito que dilatar el procedimiento con evidente desmedro de los derechos que competen a la persona en cuyo favor se promovió la tutela, persona que se insiste es sujeto de especial protección por su avanzada edad y la enfermedad que adolece. Simultáneamente es elocuente que la EPS estimaba que se estaban vulnerando derechos de corte procesal ha debido plantear la nulidad en su debido momento y no a última hora cuando ya se profirió sanción y ya se había actuado sin proponerla, actitud que nos deja entrever que si en gracia de discusión hubo alguna irregularidad trascendente, la misma quedó saneada. (Resaltado fuera del texto original).

Esta Sala de tutelas encuentra que las motivaciones presentadas por las autoridades accionadas son suficientes para que el representante legal de la entidad ahora accionante haya sido sancionado, pues encuentra que la valoración probatoria adelantada se corresponde con la información recaudada en el marco del incidente de desacato.

De esta manera, se destaca que en el marco del procedimiento incidental quedó acreditado que a pesar que la Secretaría de Salud del departamento de Putumayo autorizó a la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess para que agotara el modelo II de la Resolución 407 de 2015, esto es, que dicha entidad prestadora de los servicios de salud garantice con la IPS que considere pertinente, el suministro del medicamento y luego cobre a la Entidad Territorial, la entidad accionada se ha negado a aplicarlo.⁹

A partir de lo anterior, la Sala constata que las decisiones proferidas tanto por el Juzgado

Segundo Municipal para Adolescentes de Pasto con Función de Control de Garantías, como por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto con Función de Conocimiento, no fueron caprichosas ni arbitrarias, ni carentes de fundamento, sino que fueron el resultado de un procedimiento que duró alrededor de seis (6) meses y en el cual se le garantizó a la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar Ess y su Representante legal todos los escenarios y mecanismos para hacer valer sus derechos, por lo que no hubo vulneración de sus garantías fundamentales.

De esta forma, argumentos relacionados con el alto costo del medicamento no podían derruir la justificación presentada por las autoridades accionadas para cumplir con su función de procurar el cumplimiento de la orden de tutela que fue impartida para salvaguardar los derechos fundamentales de José Emiliano Torres Jojoa, de quien no puede pasarse por alto, se encuentra en un alto riesgo perder su vida.

Tanto la decisión que declaró el desacato, como la que confirmó la sanción, expusieron los fundamentos fácticos y jurídicos que justificaban las determinaciones adoptadas, sin que la presente acción de tutela pueda constituirse en una instancia de revisión adicional o paralela.

Por lo anterior, al corroborar que contra las decisiones que resolvieron el incidente de desacato promovido dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 520014071002-2016-0076 no se configura el requisito específico de procedibilidad denominado «decisión sin motivación», lo procedente es revocar el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y dejar incólumes las decisiones censuradas.

En consecuencia, y con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, se exhortará al Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías para que continúe con el trámite incidental que adelanta.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3,

RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de tutela de primera instancia proferido el 02 de noviembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por las razones anotadas en precedencia.
2. En consecuencia, se dispone DEJAR SIN EFECTOS la medida provisional concedida mediante auto del 17 de octubre de 2018 y DEJAR EN FIRME las decisiones proferidas dentro del incidente de desacato promovido dentro de la acción de tutela 520014071002-2016-0076, las cuales fueron emitidas el 21 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías, y el 27 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pasto con Función de Conocimiento.
3. EXHORTAR al Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías para que continúe con el trámite incidental, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de José Emiliano Torres Jojoa y evitar la configuración de un perjuicio irremediable.
4. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591

de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 123 a 125, cuaderno 1.

2 Folio 133, cuaderno 1.

3 Folio 135, cuaderno 1.

4 Folios 143 a 158, cuaderno 1.

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006.

6 Ídem. Sentencia T-522 de 2001.

7 «Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.»

8 Discos compactos obrantes entre folios 116 y 117, cuaderno 1.

9 Folio 81, cuaderno 1.