



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO

Aprobado Acta No. 121

M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Pamplona, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Ref: Consulta desacato

Rad.: 54-518-31-84-002-2023-00113-01

Incidentalista: ELVIA JAIMES SUÁREZ

Incidentada: Dra. JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO,
gerente zonal Norte de Santander NUEVA EPS

1. ASUNTO

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta la providencia proferida el 15 de agosto de 2023 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona, Norte de Santander, mediante la cual sancionó a la Dra. JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO en el incidente de desacato reseñado en la referencia.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia esta ciudad, en decisión calendada del 21 de junio de 2023, dentro del radicado de tutela 54 518 31 84 002 2023 00113 00, amparó los derechos fundamentales de la accionante a la salud y vida digna, así:

*“**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y vida digna, invocados por la señora ELVIA JAIMES SUAREZ (...)*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la doctora JHOANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO Gerente Zona Regional Nororiente de la NUEVA EPS-S y/o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del presente proveído, si aún no lo ha hecho, proceda adelantar los trámites con la IPS CLINICA SAN JOSE DE CUCUTA tendientes a la programación y practica del procedimiento quirúrgico cirugía de pared abdominal, previo los exámenes de rigor pertinentes para la procedencia del mismo, el cual se hace necesario para el manejo de la patología que actualmente padece (hernia ventral sin obstrucción ni gangrena) la señora ELVIA JAIMES SUAREZ, conforme a lo ordenado por la (sic) médico tratante Dr. LEON MIGUEL FONSECA GALINDO, el 07 de marzo del 2023 y por el Dr. GARY DE JESUS MUÑOZ SOLANO el 10 de mayo del 2023, por lo que la práctica de lo antes citado se deberá llevar a cabo en un término no superior a diez (10) días contados a partir de la notificación del presente fallo”.*

2. El 12 de julio de la presenta anualidad, la señora ELVIA JAIMES SUÁREZ instauró incidente de desacato¹ argumentando que *“A la fecha no se ha adelantado ningún trámite ni mucho menos se ha dado cumplimiento al fallo de tutela en donde tácitamente se ordenó que “la práctica de lo antes citado se deberá llevar a cabo en un término no superior a diez (10) días contados a partir de la notificación del presente fallo”, el tiempo se encuentra vencido y la entidad prestadora de salud NUEVA EPS, no ha tenido siquiera comunicación conmigo para dar celeridad a los procedimientos y/o trámites necesarios para la obtención de la cirugía, menos aún para que se logre fijar una fecha cierta para la realización del procedimiento”*.

3. Mediante auto² del día siguiente, el juzgado requirió a la Doctora JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO, en su condición de Gerente Zonal Norte de Santander de la NUEVA EPS, para que informara si dio cumplimiento al fallo de tutela que le ordenó programar y practicar a la señora ELVIA JAIMES SUÁREZ el procedimiento cirugía de pared abdominal, previos los exámenes de rigor.

4. El 18 de julio de 2023, la apoderada especial de la NUEVA EPS brindó respuesta³ al requerimiento del despacho instructor.

5. En providencia⁴ del 25 de julio consecutivo, el juzgado abrió incidente de desacato contra la Gerente Zonal Norte de Santander de la NUEVA EPS, corriéndole traslado del escrito de desacato para que ejerciera su derecho a la defensa, además de requerirla nuevamente para que en caso de no haber atendido la orden tutelar, procediera a ello de manera inmediata coordinando con la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA la práctica de la cirugía de pared abdominal en favor de la incidentante.

6. La apoderada especial de la NUEVA EPS mediante escrito⁵ del 31 de julio de los corrientes, se manifestó respecto del requerimiento efectuado por el estrado judicial.

7. A través de auto⁶ adiado del 3 de agosto de 2023 se decretaron pruebas de oficio requiriéndose a los sujetos procesales y a la CLINICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA para que informaran los pormenores que hasta ese momento rodeaban el presunto incumplimiento de la providencia objeto de las diligencias incidentales. Con ocasión de dicha orden, se recibió

¹ Documento orden No. 01 del expediente electrónico de incidente de desacato a folios 1-19 de su índice electrónico.

² Documento orden No. 03 ibidem a folio 21 de su índice electrónico.

³ Documento orden No. 05 ibidem a folios 33-37 de su índice electrónico.

⁴ Documento orden No. 07 ibidem a folios 39-40 de su índice electrónico.

⁵ Documento orden No. 09 ibidem a folios 49-53 de su índice electrónico.

⁶ Documento orden No. 11 ibidem a folios 55-57 de su índice electrónico.

contestación de la señora JAIMES SUÁREZ⁷, así como de la representación judicial de la NUEVA EPS⁸ y de la clínica convocada⁹.

8. En atención a la información proporcionada por la accionante, el 8 de agosto de 2023, el *a quo* dispuso la ampliación de los términos para decidir el incidente¹⁰, además de requerir nuevamente a la remisa para que programara la cirugía de manera inmediata.

9. El 11 de agosto siguiente, la apoderada judicial de la NUEVA EPS atendió el requerimiento judicial¹¹, mientras que la actora mediante informe¹² presentado el día inmediatamente anterior insistió en el incumplimiento de la sentencia tutelar.

10. En decisión¹³ del 15 de agosto de la presente anualidad, el *a quo* sancionó por desacato a la incidentada con dos (2) días de arresto de un y con multa de un (1) salario mínimo mensual legal vigentes.

3. DECISIÓN SANCIONATORIA¹⁴

Luego de hacer un análisis del material probatorio acopiado consideró el *a quo* que no se ha dado cumplimiento a la orden de tutela invocada por la interesada y por ello decidió sancionar a la directora regional de la NUEVA EPS como directa responsable de tal omisión.

Al abordar el caso concreto consideró que:

“(…) dice la doctora JOHANNA CAROLINA que al despachar las autorizaciones está cumpliendo y no existe evidencia de lo contrario, cuando basta con la afirmación de la accionante de que no se ha practicado la cirugía y ratificado por ella al no aportar la prueba solicitada de la realización, para determinar que sí existe incumplimiento, y lo que es peor, pretende descargar su responsabilidad en la IPS cuando dice que respecto de la materialización, se encuentra supeditada a la autonomía con que cuenta la IPS sobre los servicios que ofertan a las entidades Promotoras de salud, luego la disponibilidad de sus médicos, atenciones y demás tecnologías que ellos habilitan mediante contratación interna influye en la oportunidad de programación y agendamiento de dicha prestación, por lo que es importante tener en cuenta que la programación y/o entrega de tecnologías en salud está en cabeza principalmente de las IPS, a quienes debe solicitarse el cumplimiento de atender al usuario y en ese entendido la presunta vulneración de los derechos está en cabeza de dichas instituciones y no de la EPS, lo que es totalmente desacertado porque la orden se dio a la doctora JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO como Gerente Zonal Norte de Santander de la NUEVA EPS y legal y jurisprudencialmente se ha fijado como parámetro que es la EPS la directa responsable de garantizar y hacer efectivo el servicio que se comprometió a prestar, precisamente para ello debe contar con una red de instituciones que tengan disponibilidad, porque la paciente no está afiliada a la IPS no es esta la encargada de manejar los recursos; de ahí que se haya desvinculado de la acción.

⁷ Documento orden No. 13 ibidem a folios 71-73 de su índice electrónico.

⁸ Documento orden No. 16 ibidem a folios 88-94 ibidem.

⁹ Documento orden No. 14 ibidem a folios 74-86 ibidem.

¹⁰ Documento orden No. 17 ibidem a folios 95-97 ibidem.

¹¹ Documento orden No. 20 ibidem a folios 113-116 ibidem.

¹² Documento orden No. 19 ibidem a folios 108-112 ibidem.

¹³ Documento orden No. 23 ibidem a folios 119-128 de su índice electrónico.

¹⁴ Folios ya citados.

(...) desde el mismo momento en que se profirió la sentencia se convocó para que coordinara con la IPS la programación y práctica de la cirugía y ninguna actividad desplegó tendiente a ello, o por lo menos no lo acreditó, al contrario, dice que está sujeto a la disponibilidad que ésta tenga y la programación y agendamiento está en cabeza de la IPS, lo que denota que ninguna importancia le dio al fallo ni menos al incidente y los requerimientos efectuados.

Estos argumentos, antes que justificar por qué no se ha concretado la práctica de la cirugía de pared abdominal vía abierta a la accionante corroboran el incumplimiento, la negligencia o desidia en el acatamiento de sus funciones y el total desconocimiento de la realidad procesal, cuando precisamente estas trabas administrativas le vienen siendo puestas a la accionante desde el mismo momento en que se emitió la orden por el médico tratante en marzo de 2023, autorizada en mayo y direccionada a la EPS sin que desde entonces se haya concretado.

(...) a raíz del incidente, si bien se hizo la valoración previa con especialista en anestesiología, que era primordial para la programación y practica de la cirugía (...) no se ha procedido a ello y la fecha es incierta, porque requerida la IPS sobre el particular se abstuvo de responder, y contactado telefónicamente afirma que solo cuenta con una especialista en la materia, no la ha podido ubicar para ello, no puede dar fecha, mientras a la señora ELVIA JAIMES SUÁREZ se le informó que la agenda de los meses de agosto, septiembre y hasta octubre la tenía copada, aspecto en que precisamente debía estar atenta la incidentada y no lo ha hecho, no realizó ninguna actividad tendiente a coordinar este aspecto con la IPS, mostrándose indiferente frente a la situación particular de una persona de especial protección constitucional que requiere el servicio para mejorar su estado de salud y llevar una vida digna.

En estas condiciones se configura el elemento subjetivo de responsabilidad, de parte de la doctora JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO, quien con pleno conocimiento de la situación, de la existencia del fallo, del incidente en su contra, el objeto del mismo, la orden médica que originó la acción, a la que se refiere en sus respuestas, limitándose a decir está realizando los trámites administrativos correspondientes, verificando en el área de salud, que no obró de mala fe, que goza del principio de presunción de inocencia, lo que no es suficiente, no basta con expresarlo, sino que debe demostrarlo, no lo hizo”.

Corolario de lo anterior se sancionó por desacato con multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente y dos (2) día de arresto.

4. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Tribunal es competente para revisar la decisión sancionatoria al tener la condición de superior jerárquico del despacho judicial que la adoptó, al tenor de lo dispuesto por artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

2. Marco jurisprudencial y normativo del incidente de desacato.

De vieja data, en torno a los efectos de las órdenes de tutela, el alto Tribunal Constitucional ha sido estricto al establecer que “*las órdenes contenidas en los fallos de tutela deben cumplirse*”¹⁵, además que “*la autoridad o el particular obligado lo debe hacer de la manera que fije la sentencia*”¹⁶. Posicionamiento reafirmado por el artículo 27 del Decreto 2591 de

¹⁵ Corte Constitucional, SU 1158 de 2003.

¹⁶ *Ibidem*.

1991 al disponer que el cumplimiento debe darse sin demora, tanto por el directo responsable como por su superior, a quien se le reclama que “(...) lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél (...)”.

Ante tal panorama, el precedente constitucional¹⁷ enfatiza su doctrina sobre la naturaleza del incidente de desacato, efectuando las siguientes precisiones:

“(...) (i) El fundamento normativo del desacato se halla en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991; (ii) el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 consagra un trámite incidental especial, el cual concluye con un auto que no es susceptible del recurso de apelación pero que debe ser objeto del grado de jurisdicción de consulta en efecto suspensivo si dicho auto es sancionatorio. Todo lo cual obedece a que la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales; (iii) el incidente de desacato procede a solicitud de parte y se deriva del incumplimiento de una orden proferida por el juez de tutela en los términos en los cuales ha sido establecido por la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y emana de los poderes disciplinarios del juez constitucional; (...). (vi) el trámite de incidente de desacato debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de aquél de quien se afirma ha incurrido en desacato, quien no puede aducir hechos nuevos para sustraerse de su cumplimiento; (vii) el objetivo de la sanción de arresto y multa por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas; (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”. De existir el incumplimiento “debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”.

En la misma sentencia se estableció:

“(...) El trámite de cumplimiento sigue el procedimiento previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que otorga amplios poderes al juez de tutela para hacer cumplir la sentencia, valga decir, para garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos amparados. Hay tres etapas posibles en el procedimiento para cumplir con el fallo de tutela: (i) una vez dictado, el fallo debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda; (ii) si esta persona no lo cumpliere dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de esta persona para que haga cumplir el fallo y abra un proceso disciplinario contra ella; (iii) si no se cumpliere el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el juez “ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo”.

De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo (...).” (Resalta la Sala)

¹⁷ Corte Constitucional, C-367 de 2014.

Ahora bien, en el marco de la consulta de un incidente de desacato, el análisis de la decisión consultada, en esencia versa sobre: “(i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso”¹⁸.

Igualmente, el juzgador debe verificar “(i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento– con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido. (ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia”¹⁹.

3. Caso concreto.

En el trámite incidental se observa que la apoderada especial de la NUEVA EPS, en defensa de la Gerente Regional de esa entidad, presentó argumentos de cara a la incursión en desacato del fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales de salud y vida digna en favor de la señora ELVIA JAIMES SUÁREZ y le ordenó a la Directora Zonal de la NUEVA EPS-S en Norte de Santander que “(...) proceda adelantar los trámites con la IPS CLINICA SAN JOSE DE CÚCUTA tendientes a la programación y practica del procedimiento quirúrgico cirugía de pared abdominal, previo los exámenes de rigor (...)”.

Así las cosas, antes de abrirse del trámite incidental, la defensa en escrito²⁰ fechado el 18 de julio de la presente anualidad, informó que “CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL: Se valida en sistema servicio autorizado # 205511513 direccionado a IPS CLÍNICA SAN JOSE DE CÚCUTA SA, paciente quien requiere valoración para definir procedimiento quirúrgico, pendiente programación y soporte. Así las cosas, como se observa, NUEVA EPS se encuentra cumpliendo con lo ordenado por su despacho, tramitando, autorizando y gestionando el servicio ordenado, remitiendo una carga mínima al prestador quien es el encargado de hacer efectiva la prestación del servicio de acuerdo a la autorización generada, no obstante, se informa a su Despacho que el área técnica de salud se encuentra validando el caso, recolectando soportes respecto al mismo; mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por ésta

¹⁸ Corte Constitucional, SU-034 de 2018.

¹⁹ ibídem.

²⁰ Documento orden No. 05 del expediente electrónico de incidente de desacato a folios 33-37 de su índice electrónico.

EPS, por el contrario estamos desplegando las acciones positivas necesarias con el prestador encargado para que se materialice lo dispuesto por el despacho y por los médicos tratantes, una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho”.

Luego de abierto el incidente de desacato, el 31 de julio siguiente, la representante judicial de la entidad de salud allegó pronunciamiento²¹ en el que informó *“PLASTIA DE PARED ABDOMINAL VÍA ABIERTA: Se valida en sistema, servicio autorizado #208752263 a IPS CLÍNICA SAN JOSE DE CÚCUTA. CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA GENERAL: Se valida en sistema servicio autorizado # 205511513 direccionado a IPS CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA SA, paciente quien requiere valoración para definir procedimiento quirúrgico, pendiente programación y soporte”,* y aclaró que se estaba desplegando la gestión con la institución prestadora como encargada de hacer efectivo el servicio, por lo que tan pronto se obtuvieran resultados se allegarían al despacho.

En ese contexto, el *a quo* mediante auto de pruebas solicitó la acreditación de la ejecución de la sentencia por él proferida, frente a lo cual la NUEVA EPS insistió²² en que la cirugía de plastia de pared abdominal vía abierta ya había sido autorizada, además adjuntó programación de cita con anestesia para el 10 de agosto de 2023, para finalmente y con sustento en ello alegar el cumplimiento de la orden tutelar como quiera que *“(…) se autorizó y gestionó con la IPS CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA la realización de la valoración requerida, contándose con programación para el próximo 10 de agosto, motivo por el cual se solicita NO DAR CONTINUIDAD al presente trámite”.*

Por su parte la accionante señaló que *“De parte de NUEVA EPS ninguna respuesta, en cuanto a la CLÍNICA A SAN JOSÉ una llamada realizada el día de hoy 4 de agosto de 2023, por una funcionaria para programar cita preanestésica para el día 10 de agosto de 2023, sin embargo, la funcionaria fue explícita en referir que dicha consulta no garantiza la hora y día para la cirugía que se requiere. En otras palabras, no se concreta nuevamente una fecha cierta para el procedimiento, por lo tanto, solicito seguir con el trámite sancionatorio de la tutela ”*²³.

En este apartado vale la pena referir que en virtud del requerimiento probatorio efectuado por el despacho instructor, la CLINICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA indicó que *“(…) nos comunicamos con NUEVA EPS para programar a la señora ELVIA JAIMES, está programada para el 10 de agosto de 2023 a las 10:30 am para valoración por*

²¹ Documento orden No. 9 ibidem a folios 49-53 de su índice electrónico.

²² Documento orden No. 16 ibidem a folios 88-94 ibidem.

²³ Documento orden No. 13 ibidem a folios 71-73 ibidem.

anestesiología; a lo cual nos informan que de los exámenes prequirúrgicos le hace falta el Rx de tórax y el electrocardiograma, exámenes que son necesarios que la usuaria presente el día de la consulta por anestesia. Una vez realizada la consulta por anestesia, el anestesiólogo da visto bueno para cirugía y se procede a dar la fecha de programación del procedimiento. En consecuencia, de los motivos anteriormente expuestos es que no he damos dado fecha de programación del procedimiento debido a que existen unas valoraciones previas pendientes que conducen a la conclusión final de la pertinencia de la cirugía”²⁴.

En atención a la información recaudada y siendo que la cita con anestesiología programada para el día 10 de agosto de 2023, se precisó por las entidades de salud como una condición que una vez cumplida daría paso a la programación del procedimiento quirúrgico, el fallador mediante auto²⁵ del 8 de agosto de esta anualidad dispuso la ampliación del término para decidir las diligencias incidentales y requirió por última vez a la incidentada para que “(...) esté atenta a que la valoración con especialista en anestesiología programada para el próximo 10 de agosto de 2023 a la señora ELVIA JAIMES SUÁREZ se haga efectiva, y realizar desde ya los trámites administrativos ante la Clínica San José para que si el galeno da visto bueno a la práctica de la cirugía, sea programada por la IPS de manera inmediata, y lo acredite a más tardar el 11 de agosto de 2023, recordándole que la decisión del incidente se prorroga con el fin de obtener esta prueba”.

Llegada la fecha límite establecida por el juzgador, la apoderada judicial de la entidad prestadora se limitó a reiterar que “(...) el área técnica de salud de Nueva E.P.S. se encuentra validando el caso, recolectando soportes respecto a los mismos, para emitir una respuesta de fondo (...) estamos desplegando las acciones positivas necesarias con el prestador encargado para que se materialice lo dispuesto por el despacho y por los médicos tratantes, una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho”²⁶.

A su turno la accionante allegó escrito en el que manifestó²⁷ que había asistido a la cita programada para el día 10 de agosto de 2023 con el especialista anestesiólogo, quien viabilizó el procedimiento quirúrgico, sin embargo “al momento de ir a radicar los documentos que ya fueron vistos por el especialista, le comunicaron (...) que no le podían dar una fecha para programar la cirugía, debido a que vuelven a indicar de manera verbal que no hay turnos ni para agosto, ni septiembre e incluso que ni octubre de 2023”.

²⁴ Documento orden No. 14 ibidem a folios 74-86 de su índice electrónico.

²⁵ Documento orden No. 17 ibidem a folios 95-97 ibidem.

²⁶ Documento orden No. 20 ibidem a folios 113-116 ibidem.

²⁷ Documento orden No. 19 ibidem a folios 108-112 ibidem.

Igualmente destaca para los efectos de la presente causa, constancia secretarial del 14 de agosto de los corrientes, en la que se registró *“siendo las 9:18 de la mañana me comuniqué telefónicamente al abonado 6075821111 de la Clínica San José, extensión 202, Gerencia con el fin de solicitar respuesta al oficio No. 1398 calendado 8 de agosto de 2023 relacionado con el informe de los resultados de la valoración con especialista en anestesiología a la accionante y la programación de la cirugía que requiere, manifestando que efectivamente la mencionada fue valorada, el anestesiólogo dio visto bueno de la cirugía, pero no se tiene fecha programada porque debido a la complejidad del procedimiento debe efectuada la Cirujana especialista en pared abdominal, que solo cuentan con un galeno, están tratando de ubicarla para concretarla pero no han podido, comprometiéndose a enviar la respuesta en el transcurso de la mañana de hoy”*²⁸.

Culminado el trámite incidental con sanción por desacato e inaugurada ante este Tribunal la sede de consulta, la incidentante reiteró²⁹ que pese a encontrarse viabilizada la cirugía por anestesiología no se ha programado dicho procedimiento; mientras tanto la EPS guardó silencio.

3.1. Sea lo primero precisar que cada una de las actuaciones y etapas del incidente de desacato objeto de consulta fueron iniciadas, tramitadas y concluidas en debida forma, además de notificadas³⁰ oportunamente a la incidentada, tanto así que en su defensa se incorporaron al plenario variados pronunciamientos a través de apoderada judicial. Actuación también garantizada en sede consulta³¹.

3.2. Decantado lo anterior y en lo que incumbe al estudio de fondo del asunto, téngase en cuenta que del contexto fáctico y jurídico probatorio que rodea la solicitud de desacato surge claro que el cumplimiento de la sentencia de tutela que nos ocupa, refiere a la orden impartida en específico a la gerente zonal de la NUEVA EPS para que gestionara con la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA la programación de la cirugía de pared abdominal en favor de la señora JAIMES SUÁREZ.

Con ese norte, se evidencia que el procedimiento quirúrgico PLASTIA DE PARED ABDOMINAL VÍA ABIERTA ordenado por el médico tratante a la incidentalista desde marzo hogño, en efecto fue autorizado por la NUEVA EPS con No. 208752263 y viabilizada su realización por el especialista anestesiólogo en consulta del 10 de agosto de 2023, sin embargo, ninguna noticia se conoce de la fecha para la materialización de la cirugía.

²⁸ Documento orden No. 21 ibidem a folios 117 ibidem.

²⁹ Folios 19 expediente consulta incidente desacato, coincidente con su índice electrónico.

³⁰ Véase documentos orden No. 4, 8, 12, 18 y 24 del expediente digitalizado incidente desacato.

³¹ Folios 14-18 expediente digitalizado consulta incidente desacato.

Si bien se invoca la valoración por anestesiología como supuesto que permite acreditar la observancia total de la providencia de tutela, lo cierto es que ello no es de recibo para la Sala como quiera que la orden allí contenida le impuso a la accionada la obligación de emprender gestión con la IPS a la que fue remitida la paciente, para finalmente lograr la programación y realización del servicio de cirugía, supuesto último que es el que determina el cumplimiento de la sentencia constitucional y frente al cual la prueba no advierte su materialización.

De ahí que luego del 10 de agosto de 2023 (fecha de la cita con anestesiología) ninguna actividad se registre por parte de la incidentada en dirección a lograr lo que le fue exigido judicialmente en sede de tutela, pues aunque formalmente se manifestó el compromiso de verificar lo pertinente para ofrecer una solución real y efectiva, claramente en ninguna de las dos instancias se acreditó el despliegue real de la gestión anunciada y mucho menos de algún resultado.

Es así que de los elementos de juicio no emanan, como lo alega la defensa, la materialización por parte de la incidentada de acción tendiente a indagar los motivos que impiden a la IPS proceder con la programación de la cirugía y mucho menos algún tipo de intervención para su solución, siendo que la directa responsable conoce de la obligación que desde el mes de julio le fue impuesta en ese sentido por el juez constitucional, además de haber sido probatoriamente negligente frente a los requerimientos formulados para ese mismo propósito en sede de incidente y su posterior consulta.

Tampoco se diga que las obligaciones de la entidad prestadora de cara al asunto que aquí se estudia se agotan con la autorización del procedimiento quirúrgico, pues en contrario, la jurisprudencia es uniforme al establecer que la prestación del servicio que corresponde garantizar a las EPS debe darse de forma continua, oportuna e integral, sin que pueda verse afectado por cualquier situación derivada de operaciones administrativas, jurídicas o financieras.

Al respecto véase sentencia T-092 de 2018:

“4.4. Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

4.4.5. El principio de continuidad en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del

paciente.”[38]. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación[39].

4.4.6. Por su parte, el principio de oportunidad se refiere a “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”[40]. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.

4.4.7. Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio^[42] e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones”.

Mas recientemente el alto Tribunal apuntó:

“Particularmente, al decidir sobre la procedencia de una tutela en relación con un caso en que una prestadora de servicios de salud omitió fijar la fecha para una cirugía ordenada por el médico tratante de un paciente afiliado, la Corte estableció que esa omisión constituye una “demora injustificada” en la prestación del servicio y, por consiguiente, una violación al principio de oportunidad y – por lo mismo – al derecho a la salud. Explicó que “la omisión de suministrar la fecha exacta a un afiliado sobre cuándo se le realizará un procedimiento quirúrgico o se le iniciará un tratamiento, vulnera los derechos fundamentales de tal afiliado”, pues “el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes”. En consecuencia, “las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico” (...).”³².

En esa misma línea se advierten infundadas las apreciaciones de la representación judicial de la NUEVA EPS, en cuanto que la asignación de fecha que se echa de menos se trata de una obligación asignada principalmente a la IPS, siendo ésta la llamada a darle cumplimiento, pues tal postura vaciaría por completo el alcance material de los principios en cita imponiéndole a los usuarios cargas que no están en la obligación de soportar.

Sobre el particular refiere la Corte que:

“La Sala rechaza el argumento presentado por CAFESALUD en el sentido de que en este caso la responsabilidad de la falta de atención del menor de edad recae sobre las Instituciones Prestadoras de Salud-IPS, las cuales están por fuera de su esfera de control, por una elemental razón y es que las EPS tienen a su cargo la indelegable obligación de asegurar y administrar la prestación del servicio de salud a los usuarios bajo el estricto cumplimiento de los principios de continuidad e integralidad, especialmente cuando se hace

³² T-230 de 2023.

a través de instituciones prestadoras en los términos previstos en el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, si la EPS conocía que la IPS contratada no cumplió con sus obligaciones, debió adelantar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la continuidad en el tratamiento médico del menor de edad y aplicar los correctivos legales para que esta situación cesara y no se multiplicara el déficit de atención tanto para el niño como para otros usuarios.

Por el contrario, de acuerdo con la respuesta a la presente acción de tutela, se evidencia que esa entidad resolvió trasladar la carga administrativa de los problemas contractuales con la IPS al usuario, lo que generó que la garantía de sus derechos fundamentales se situara en un escenario de indeterminación en perjuicio del interés superior del niño representado.

Dicho argumento demuestra que la EPS accionada ha actuado con un completo desprecio por la salud y la integridad física del actor³³. (Subrayas propias de la Sala).

Ahora bien, teniendo en cuenta la información proporcionada por la CLINICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA, es claro que el obstáculo (esto es, la consulta con anestesiólogo) que en principio impidió la realización de la cirugía en cuestión fue superado; mientras que aspectos como la indisponibilidad de galenos especializados para llevar a cabo el procedimiento se erigen como una traba administrativa que de ninguna manera puede ser oponible a la paciente y antes que justificar el desacato deprecado, acentúa la actitud pasiva y negligente de la incidentada en cuanto siendo su obligación como garante de la efectiva y oportuna prestación del servicio de salud, deviene improbadada su intervención en aras de ofrecer alguna solución.

Reitérese que a voces de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional los servicios médicos “*deben ser provistos (i) sin demoras “en el momento que corresponde para recuperar su salud, (...) a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante”* y que “*solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud” (...)*”³⁴.

Por lo tanto, huelga concluir la presencia de responsabilidad subjetiva con motivo del accionar pasivo por parte de la convocada, que impide predicar la materialización íntegra de las cargas endilgadas por el juez de tutela en su sentencia. Presupuesto que al momento actual de las presentes diligencias permanece injustificado y sin respaldo en alguna dificultad fáctica o jurídica que haya impedido garantizar los derechos fundamentales de la incidentante, circunstancias que en conjunto desvirtúan un verdadero ánimo de cumplir y desdice un actuar diligente.

Al respecto, establece la Corte Constitucional que “*corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la*

³³ Corte Constitucional T 673 de 2017

³⁴ T 230 de 2023

culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado[51]– pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción”³⁵; elementos eximentes de responsabilidad subjetiva que por los aspectos pretéritamente relacionados son precisamente los que se echan de menos en el particular.

En suma, deviene palmario que persisten las condiciones que fundamentaron la sanción impuesta por el *a quo* con ocasión de la desatención de las órdenes contenidas en el fallo de tutela, por lo que resulta forzosa la confirmación del proveído del 15 de agosto de 2023.

De cara a la determinación de las sanciones impuestas, ningún reparo deviene por parte de la Colegiatura en tanto y cuanto atienden razonablemente los parámetros de proporcionalidad, y militan con el propósito de asegurar el goce efectivo de la orden tutelar.

Finalmente, la Sala previene al juez instructor de primer grado para que, en virtud de la competencia que conserva y le asiste legalmente para obtener el cumplimiento objetivo del amparo concedido, de oficio o a petición de parte propenda mediante las medidas que considere pertinentes, por la materialización de la orden de tutela atrás referenciada según lo impone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las sanciones por desacato impuestas el 15 de agosto de 2023, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Pamplona a la Dra. **JOHANA CAROLINA GUERRERO FRANCO**, gerente zonal Norte de Santander de la NUEVA EPS, por las razones *ut supra*

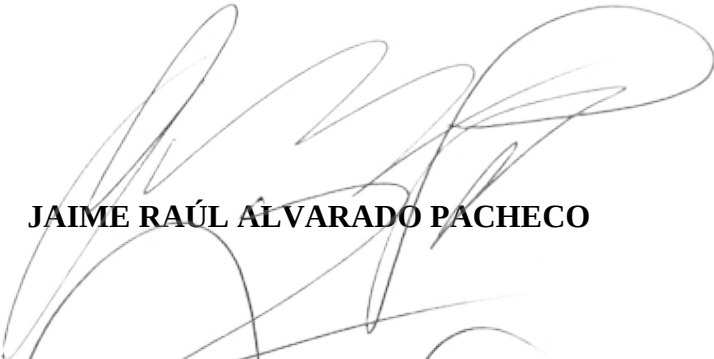
SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta decisión a la interesada en la forma prevista por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE esta decisión al Juzgado de conocimiento para que la integre al archivo digital del radicado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

³⁵ Corte Constitucional SU034 de 2018



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

Jaime Raul Alvarado Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

003

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **69c28e8de7b60b6d38174234d8fc9071e0ec502e20e29b9f96fa2eafae694d1c**

Documento generado en 25/08/2023 05:07:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>