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.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL– FAMILIA –DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Auto – Incidente de desacato en grado de consulta

 28 de marzo de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Revoca sanción

 Incidentante : José Jaír Valencia Valencia

 Incidentada (s) : Representante legal de la Nueva EPS y otro

 Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2015-00121-01

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

 Tema : **INCIDENTE DE DESACATO / PRESTACIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS MÉDICOS / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO CUMPLIDO.** “[E]videntemente la ESP, aunque de forma extemporánea, cumplió con la sentencia de tutela, ya que brindó una solución al pedimento del accionante al autorizar y programar la cita requerida; es cierto que en el fallo de tutela se aludió a la Clínica del Dolor y al doctor Rodrigo Jiménez Castro, pero se hizo estrictamente con relación a la cita para control que se había dejado de autorizar y que fuera dispuesta por el galeno para el 20-04-2015 (Petitorio de tutela visible a folios 4 a 6, cuaderno de tutela). Diferente es la orden en cuanto al tratamiento integral que nunca delimitó la prestación del servicio en aquel centro médico. La calidad de cotizante nunca comporta el derecho a exigir de la EPS que la prestación del servicio de salud se realice en una determinada clínica o con cierto médico especialista; las EPS son independientes en la escogencia de las IPS que consideren idóneas para brindar la asistencia en salud, por lo tanto, como ya se advirtió, con la autorización y programación efectuadas, la EPS culminó con su labor, en consecuencia, era al actor a quien le correspondía asistir para su valoración y, si dejó de hacerlo, fue bajo su estricta responsabilidad. Tampoco se acreditó o por lo menos se alegó que la IPS Oncólogos no garantiza el servicio, o presta inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la IPS Neurocentro. En este orden ideas, observando la actuación descrita y advertido que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, están a salvo, la decisión que sobreviene es la revocatoria de sanción impuesta en primer grado, pues el cometido cardinal de este trámite es el amparo de los derechos subjetivos conculcados o amenazados, y no el de imponer sanción, tratase de un “mecanismo persuasivo”, en palabras de la doctrina constitucional.”.

Pereira, R., Veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La consulta de la sanción de multa y arresto impuesta, cumplido el trámite respectivo, con ocasión del desacato a una orden en un asunto de tutela.

1. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Se reclamó el 30-01-2017 ante el *a quo*, iniciar incidente de desacato (Folios 14 y 15, cuaderno incidente). El Despacho con auto del 20-02-2017 requirió a la representante legal y al Presidente de la Nueva EPS (Folio 18, cuaderno incidente); con proveído del 27-02-2017 dio apertura al incidente en su contra (Folios 20 y 21, cuaderno incidente); y finalmente, con decisión del 10-03-2017 los sancionó con multa y arresto (Folios 25 a 27, ibídem).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Corporación está facultada para revisar la decisión sancionatoria, al tener la condición de superiora jerárquica del Despacho que la adoptó; no obstante, se precisa advertir, conforme lo reglado en el inciso 1º del artículo 35 del CGP, que la consulta se realizará en Sala Unitaria, puesto que la aludida providencia no se halla dentro de las que deben desatarse en Sala de Decisión.
	2. El problema jurídico para resolver. ¿Debe confirmarse, modificarse o revocarse la providencia de 10-03-2017, que sancionó a la doctora María Carolina (Sic) Serna Montoya y Fernando Cardona Uribe, en sus calidades de representante legal y Presidente de la Nueva EPS, respectivamente, con ocasión del trámite de desacato adelantado ante el juzgado de primera instancia?
2. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO
	1. Los aspectos objeto de acreditación en el incidente de desacato

Los elementos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[1]](#footnote-1), son:

…  i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma, para, entonces, determinar iv) si la orden fue cumplida o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que motivaron el incumplimiento. Resueltos esos interrogantes, deberá examinar la responsabilidad subjetiva del obligado[[2]](#footnote-2), para, finalmente, imponer las sanciones del caso, si verifica un ánimo de evadir la orden impartida en el fallo de tutela. …

Expone la profesora Catalina Botero Marino[[3]](#footnote-3) que: *“(…) en el incidente de desacato es fundamental valorar la responsabilidad subjetiva del funcionario en el incumplimiento del fallo. De comprobarse el incumplimiento, el juez debe identificar si éste fue integral o parcial, e igualmente debe identificar las razones por las cuales se produjo el incumplimiento.”;* más adelante agrega: *“De esa forma, podrá establecer si existe o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada, y definir las medidas necesarias para la efectiva protección del derecho. En la valoración de la responsabilidad, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad jurídica o fáctica para cumplir la orden, y estas circunstancias deben estar avaladas por la buena fe de la persona obligada.”* Este criterio tiene fundamento jurisprudencial en múltiples fallos de la Corporación ya citada[[4]](#footnote-4).

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados, pero diferenciables*[[5]](#footnote-5)*.

1. EL CASO CONCRETO

La decisión consultada habrá de revocarse, pues dentro del trámite se cumplió con la orden impartida en el fallo datado el 16-04-2015; decisión ajustada con providencia del 06-02-2017, en cuanto a la persona del responsable (Folios 19 a 23 y 32 a 33, cuaderno de la tutela). Se tiene que en dicha sentencia se dispuso que (i) La doctora María Lorena Serna Montoya como representante legal de La Nueva EPS; (ii) En el término de 48 horas; (iii) a) Autorizara una cita médica asignada en la IPS Clínica del Dolor con el doctor Rodrigo Jiménez Castro; y, b) Brindara el tratamiento integral.

Ahora bien, el actor se duele de que haya sido cancelada la cita programada para llevarse a cabo en la Clínica del Dolor el 07-02-2017 a las 8:00 a.m.; por su parte, la EPS arguye que ya no tiene contrato con la IPS Neurocentro y que los servicios que requiere el accionante los brinda por intermedio de la IPS Oncólogos, también que cumplió con la orden tutelar. Explicó que autorizó la cita ante esta última, que había sido programada inicialmente para el 17-05-2017 a las 3:00 p.m., no obstante, logró adelantarla para el pasado 26-03-2017 e informó de ello al accionante, pero este rehusó la consulta porque debía hacerse en la IPS Neurocentro (Folios 4 a 15, este cuaderno), negativa confirmada en esta instancia (Folio 15 vuelto, ibídem).

Conforme lo expuesto, evidentemente la ESP, aunque de forma extemporánea, cumplió con la sentencia de tutela, ya que brindó una solución al pedimento del accionante al autorizar y programar la cita requerida; es cierto que en el fallo de tutela se aludió a la Clínica del Dolor y al doctor Rodrigo Jiménez Castro, pero se hizo estrictamente con relación a la cita para control que se había dejado de autorizar y que fuera dispuesta por el galeno para el 20-04-2015 (Petitorio de tutela visible a folios 4 a 6, cuaderno de tutela). Diferente es la orden en cuanto al tratamiento integral que nunca delimitó la prestación del servicio en aquel centro médico.

La calidad de cotizante nunca comporta el derecho a exigir de la EPS que la prestación del servicio de salud se realice en una determinada clínica o con cierto médico especialista; las EPS son independientes en la escogencia de las IPS que consideren idóneas para brindar la asistencia en salud, por lo tanto, como ya se advirtió, con la autorización y programación efectuadas, la EPS culminó con su labor, en consecuencia, era al actor a quien le correspondía asistir para su valoración y, si dejó de hacerlo, fue bajo su estricta responsabilidad. Tampoco se acreditó o por lo menos se alegó que la IPS Oncólogos no garantiza el servicio, o presta inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la IPS Neurocentro[[6]](#footnote-6).

En este orden ideas, observando la actuación descrita y advertido que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, están a salvo, la decisión que sobreviene es la revocatoria de sanción impuesta en primer grado, pues el cometido cardinal de este trámite es el amparo de los derechos subjetivos conculcados o amenazados, y no el de imponer sanción, tratase de un “mecanismo persuasivo”, en palabras de la doctrina constitucional[[7]](#footnote-7).

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo expuesto en las premisas anteriores, se revocará la sanción, adoptada en primer grado, por cumplimiento de la orden, de tal manera que los derechos *iusfundamentales* están amparados en forma material.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda,

R e s u e l v e,

1. REVOCAR íntegramente la decisión del día 10-03-2017, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira y en su lugar, DECLARAR que se cumplió la orden impartida por ese estrado judicial.
2. ORDENAR la devolución de los cuadernos al Despacho de origen.
3. ADVERTIR que contra esta providencia es improcedente recurso alguno.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

*DGH /ODCD/ 2017*

1. CC. T-226 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-553 de 2002 y 068 de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. BOTERO M., Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá DC, 2006, p.150. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-247 de 2005, reiterada en la T-171 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-421 de 2003. [↑](#footnote-ref-7)