

Cartagena de Indias D.T. y C., Veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00760-00
Demandante	MANUEL ANTONIO GASCA ROBLES
Demandado	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA – COMFACOR EPS Y OTROS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Sanción al Superintendente de salud por no supervisión de cumplimiento de fallo de tutela por parte de la EPS COMFACOR.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala a pronunciarse acerca del incidente de desacato¹ en contra del Superintendente Nacional de Salud como representante de la Superintendencia Nacional de Salud, en el incidente presentado por el señor MANUEL ANTONIO GASCA ROBLES ² en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA – COMFACOR EPS, en razón al incumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 07 de septiembre del 2017³ proferida por ésta Corporación.

II.- ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela de fecha 07 de septiembre de 2017, esta Corporación decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud, del señor MANUEL ANTONIO GASCA ROBLES, ordenándose lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y el ADRES (antes FOSYGA), por lo expuesto en l aparte motiva.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales del señor MANUEL ANTONIO GASCA ROBLES, vulnerado por COMFACOR EPS, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR a COMFACOR EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a autorizar y entregar el suministro y adaptación de inmediato de los audífonos marca siemens modelo BTE, circuito M, molde: canal bilateral, en los términos prescritos en la autorización realizada por el médico tratante

¹ Fols 63 – 67 Cdno 1

² Fols 1 – 5 Cdno 1

³ FOLS. 5-13 cdno Consejo de Estado

(...)"

Seguidamente, la parte accionante presentó incidente de desacato, por lo que esta Magistratura por medio de providencia del 10 de octubre de 2017⁴ ofició a la Caja de Compensación Familiar De Córdoba – COMFACOR, para que remitiera informe con destino a este proceso en el que constatará si la sentencia del 07 de septiembre de 2017, tuvo cumplimiento en los términos previstos en la misma; en caso afirmativo, debían acompañar los documentos que acreditaran ese suceso, y en caso negativo, debían allegar junto al informe en mención el nombre de la persona competente para darle cumplimiento a esa orden judicial, con indicación de la dirección donde pueda ser notificado para el efecto, concediéndole el término de 3 días.

En consecuencia, por medio de auto de fecha 19 de octubre de 2017⁵ se declaró en desacato al Dr. Néstor Miguel Murcia Bello en calidad de Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar de Córdoba (COMFACOR), con un día de arresto y una multa correspondiente a tres (3) S.M.L.M.V.

El presente incidente fue enviado en grado de consulta al H. Consejo de Estado, el cual se pronunció por medio de providencia de fecha 01 de febrero de 2018⁶, en la misma modifica el ordinal segundo de la parte resolutive de la providencia del 19 de octubre de 2017 en el siguiente sentido:

"Segundo: sanciónese al Dr. Néstor Miguel Murcia Bello, con una multa de dos smlmv, que deberá consignar el director administrativo de la Caja De Compensación Familiar De Córdoba a nombre de la Rama Judicial – multas y rendimientos – cuenta única nacional No. 3-082-00-00640-8 del Banco Agrario."

Con respecto a las demás órdenes impartidas las mismas fueron confirmadas y ordenó el inmediato cumplimiento a la sentencia de tutela del 7 de septiembre de 2017, proferida por este Tribunal Administrativo.

De vuelta el expediente al Tribunal se dictó un auto de obedecimiento y cumplimiento a lo resuelto por el H. Consejo de Estado⁷; y se envió la providencia a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para efectos de que se iniciara el trámite de cobro coactivo de las sumas adeudadas.

⁴ Fols. 15-16 cdno Consejo de Estado

⁵ Fols. 20-22 cdno Consejo de Estado

⁶ Fols. 30-32 cdno Consejo de Estado

⁷ Fol. 41 cdno 1 Consejo de Estado

2.1.- Solicitud

MANUEL ANTONIO GASCA ROBLES, el 14 de noviembre de 2017, presentó memorial⁸ ante éste Tribunal con el objeto de formular incidente de desacato en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA – COMFACOR EPS-S, por el incumplimiento a lo ordenado en la sentencia antes señalada en su numeral 2 y 3, el cual estableció que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia antes mencionada, procediera a autorizar, suministrar y adaptar de inmediato los audífonos marca siemens modelo BTE, circuito M, molde: canal bilateral, en los términos prescritos en la autorización realizada por el médico tratante; continuamente el accionante radicó dos solicitudes⁹ para que se procediera a dar cumplimiento a la sentencia.

2.2.- Actuación de la Corporación.

Mediante auto del 20 de enero del 2017¹⁰, fue necesario previo a abrir incidente de desacato, oficiar a la Caja De Compensación Familiar de Córdoba EPS-S – COMFACOR y al Dr. NÉSTOR MIGUEL MURCIA BELLO en calidad de Director Administrativo Titular de la Caja de Compensación, a que remitieran con destino a este proceso, informe en el que conste si la sentencia del 07 de septiembre de 2017, proferida por esta Corporación tuvo o no cumplimiento en los términos previstos en la misma.

Seguidamente, esta Corporación mediante auto de fecha 05 de diciembre de 2017¹¹, vinculó en el presente proceso, a la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la notificación personal al Superintendente Nacional de Salud, con el fin de que tome parte dentro del asunto de la referencia haga cumplir la acción de tutela de fecha 07 de septiembre de 2017 y en consecuencia rinda informe de las actuaciones desplegadas para tal efecto, como quiera COMFACOR es una entidad prestadora de servicios de salud, concediéndole 3 días para que rindiera el informe solicitado.

Este Despacho, profirió el proveído de fecha 15 de diciembre de 2017¹², en donde este Tribunal Administrativo requirió a la Superintendencia de Salud para que informara, desde el punto de vista de sus funciones, que gestiones había adelantado para que COMFACOR diera cumplimiento al fallo de tutela de 07 de septiembre de 2017, concediéndole 10 días para tal efecto.

⁸ Fols 1 – 5 Cdno 1

⁹ Fols 26 – 29 y 31 – 32 Cdno 1

¹⁰ Fol. 7 Cdno 1

¹¹ Fols 12 – 13 Cdno 1

¹² Fols 17 Cdno 1

En providencia del 16 de marzo de 2018¹³, este Despacho ofició a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA EPS-S – COMFACOR para que remitiera con destino a este proceso, informe en el que constara si la sentencia del 07 de septiembre de 2017, proferida por esta Corporación tuvo cumplimiento o no en los términos previstos en la misma, concediéndole un término de 3 días hábiles.

De igual forma, ofició a la Superintendencia de Salud Delegada para la Protección de los Usuarios, para que informara a esta Magistratura todas las gestiones adelantadas, desde el punto de vista de sus funciones, con la finalidad de proteger los derechos del señor Manuel Antonio Gasca, ante el incumplimiento repetitivo de los deberes de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA – COMFACOR EPS, esto dentro de un término de 5 días siguientes a la recepción de la comunicación.

Por último, esta Magistratura profirió auto calendarado 24 de abril de 2018¹⁴, donde abrió incidente de desacato en contra del Superintendente Nacional de Salud, y le concedió el término de 3 días hábiles para que ejerciera su derecho de defensa, dentro del presente incidente.

2.3.- Contestación de la Superintendencia de Salud.

Cumpliendo con el informe requerido en el auto del 15 de diciembre de 2017, la Superintendencia de Salud por medio de oficio No. 8381 del 07 de diciembre de 2017¹⁵, rindió informe en el que manifestó que le corresponde al mismo Juez que amparó los derechos fundamentales, asegurar el cumplimiento del fallo de tutela, facultad que le impone el art. 27 de la ley 2591 de 1991 el cual dispone que, una vez proferido el fallo de tutela, corresponde a la autoridad responsable del agravio hacerlo cumplir sin demora, pudiendo sancionar en desacato al responsable y al superior hasta que cumpla la sentencia.

Concluye argumentando que, no puede trasladarse la responsabilidad de una actuación típicamente jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud, porque no es la facultada para hacer cumplir la sentencia constitucional de la referencia.

La Superintendencia de Salud adjuntó oficio de fecha 23 de marzo de 2018¹⁶, en el cual requiere a COMFACOR para que, alleguen informe y remita detalladamente todos los reportes respectivos físicos o magnéticos, claros y

¹³ Fols 33 – 34 Cdno 1

¹⁴ Fols 63 – 67 Cdno 1

¹⁵ Fols 18 – 19 Cdno 1

¹⁶ Fols 52 Cdno 1

legibles, con relación a las gestiones adelantadas para dar cumplimiento al fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales del señor Manuel Gasca Robles, de igual forma le ordenó autorizar, suministrar y adaptar los audífonos en los términos prescritos en la autorización médica tratante, además de allegar las copias de las autorizaciones y las constancias de la entrega efectiva de los audífonos requeridos por el usuario, así como explicar las razones de hecho y de derecho por las cuales se ha demorado en entregar los audífonos ordenados al usuario.

Para atender al requerimiento, le informaron que contaba con el término de 5 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de recibo del presente oficio, advirtiéndole que, el no reporte de la información o información incompleta, y/o el no cumplimiento al fallo de tutela, puede infringir las normas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual daría inicio a una posible investigación administrativa que culminaría con sanciones administrativas que por ley correspondan.

Además, la Superintendencia Nacional de Salud, dio respuesta al informe solicitado en auto del 16 de marzo de 2018, mediante oficio N. 1418 de 23 de marzo de 2018¹⁷ informando que adelantó la siguiente actuación para el cumplimiento de la orden:

- Requirió a COMFACOR por medio de oficio NURC 2-2018-021702 para que se pronunciara sobre el cumplimiento del fallo de tutela.

Sin embargo insistió en los poderes establecidos por el art. 28 del decreto 2591 de 1991 al juez de tutela; por otro lado, afirma que no puede trasladarse la responsabilidad de una actuación típicamente jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud, porque no es la facultada para hacer cumplir la sentencia constitucional de la referencia.

Así también, destaca que la Superintendencia Nacional de Salud no es superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud, ni de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, puesto que, la entidad es un organismo de la Rama Ejecutiva del poder público del nivel central, adscrita al Ministerio de Salud, por lo tanto, la Superintendencia, no es superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud y solo puede actuar en ejercicio de las facultades que le han sido asignadas por la ley, las cuales son de inspección, vigilancia y control, para efectuar las

¹⁷ Fols 53 Cdno 1

averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de estas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo.

El 30 de abril de 2018¹⁸, la Superintendencia allegó contestación del auto del 24 abril de 2018, en donde exponen que en la orden judicial impartida, no se desprende obligación alguna a cargo de la Superintendencia de Salud, y que por esta razón es innecesario vincularla mediante instrumento disciplinario de desobediencia a autoridad judicial. Por lo que, consideran que dentro del proceso de la referencia, solo puede actuar en ejercicio de las facultades que le han sido asignadas por la ley, correspondientes a la inspección vigilancia y control, para efectuar las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de estas, esto a través un proceso administrativo.

A razón de lo anterior, solicitan desvincular del trámite incidental al Superintendente Nacional de Salud, pues manifiestan que la responsabilidad que se pueda derivar del art 27 del Decreto 2591 de 1991 recae únicamente sobre la EPS accionada, que es la encargada de amparar los derechos fundamentales y cumplir el fallo de tutela.

III.- CONSIDERACIONES

3.1.- Generalidades del incidente de desacato en acción de tutela.

Con el objeto de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales a favor de quien ha solicitado su amparo, el legislador dispuso en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que el incumplimiento de una sentencia de tutela, traerá como consecuencia para el obligado por haber incurrido en desacato, sanción de arresto hasta por seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Corte Constitucional¹⁹, se pronunció en los siguientes términos:

“El incidente de desacato debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), puesto que éste permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos

¹⁸ Fols. 70- 77 cdno 1 inc. desacato

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 271 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional”.

Ahora bien, para la aplicación de las consecuencias previstas en la norma citada, no es suficiente adelantar una comparación objetiva entre la orden impartida en la sentencia y la conducta asumida por los funcionarios cuestionados, sino que es necesario observar, además, si ese incumplimiento obedeció a una actitud de rebeldía que merezca ser sancionada con multa y arresto, teniendo en cuenta que el objeto del instrumento constitucional no es la multa en sí misma, sino que se impone con el fin de obtener el cumplimiento del fallo de tutela, con relación a lo anterior, señalo la H. Corte Constitucional²⁰;

“... A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia”.

3.2.- Caso Concreto

Como se expuso con anterioridad, el señor Manuel Antonio Gasca Robles, presentó incidente de desacato²¹ en contra de la Caja de Compensación Familiar de Córdoba - COMFACOR, por el incumplimiento de los numerales segundo y tercero de la sentencia de fecha 07 de septiembre de 2017 proferida por ésta Corporación.

De lo antes dicho, es importante entrar a determinar por esta Corporación la responsabilidad objetiva y subjetiva para dar cumplimiento al fallo de tutela de fecha 07 de septiembre del año 2017, emitida por este Tribunal, en el término establecido para ello, y en lo referente al elemento objetivo se tiene que, el responsable de dar cumplimiento a la orden impartida es COMFACOR EPS, sin embargo debido a las constantes omisiones por parte de la entidad y su renuencia para dar cumplimiento a la orden de tutela, a quien le corresponde la vigilancia y supervisión de las actuaciones adelantadas por la misma es al Superintendente Nacional de Salud como representante de la Superintendencia Nacional de Salud, por ser el órgano designado por la ley para vigilar el cumplimiento de las funciones y

²⁰ Corte Constitucional, Sentencias C-367 de 2014, Mauricio Gonzales Cuervo.

²¹ Fols 1 -2 Cdno 1

obligaciones de COMFACOR, en su calidad de EPS y en cumplimiento a sus funciones jurisdiccionales²².

Teniendo en cuenta lo anterior, el incidente de desacato a una decisión judicial se le inicia al Superintendente Nacional de Salud, no es por presumir que es superior jerárquico de COMFACOR, ya que la Sala tiene claro que no ejerce dicha calidad y la vinculación a este trámite que se hace al mismo, se debe a que el juez de tutela debe ejercer todos los poderes que están a su alcance para lograr el cumplimiento de las decisiones por él proferidas. Como quiera que COMFACOR se ha negado reiteradamente al cumplimiento del fallo el cual es la entrega del audífono al señor Gasca, manifestando hoy que el mismo ya no es afiliado a dicha EPS lo cual no es excusa para que deje de cumplirlo; esta Magistratura siendo uso de los poderes que le da la ley requirió al Superintendente Nacional de Salud para que el cumplimiento de sus funciones lograra la entrega del audífono antes mencionado.

Solo manifiesta haber realizado un requerimiento a COMFACOR mediante oficio N. 1418 de 23 de marzo de 2018, pero ante la apertura del incidente de desacato realizada el 24 de abril del año en curso, no manifestó, ni expuso que había respondido COMFACOR al oficio antes señalado y si no lo había hecho, no ha tomado ninguna medida dentro de sus funciones jurisdiccionales y/o administrativas tendientes a colaborar con la administración de justicia para que se haga efectivo el fallo del 7 de septiembre de 2017 proferido por esta Corporación.

Teniendo en cuenta que, es un deber del Juez hacer cumplir las órdenes judiciales proferidas, tal como lo dispone el art. 42 del Código General del

²² **Ley 1122 de 2007, Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.** Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Proceso²³, se le ha ordenado a la Superintendencia Nacional de Salud a cumplir con su deber, como ente de control y vigilancia de las EPS y por ser la entidad que ha incumplido sus labores administrativas y legales, así como la orden proferida por este Tribunal en el sentido de tomar las medidas necesarias para hacer cumplir el fallo.

Así las cosas, el elemento objetivo está cumplido, es decir, solo hizo un requerimiento pero no ha realizado hasta este momento, ninguna actuación dentro de las funciones asignadas por la ley a la Superintendencia y en especial al Superintendente para hacer cumplir el fallo y desde el punto de vista subjetivo, el mismo se cumple cuando se incumple el deber sustancial en este caso, las facultades señaladas en la ley 1122 del 2007; configurándose así los elementos que dan lugar a una sanción por desacato a una orden judicial.

Ahora bien, una vez el Juez se dirige en contra del ente que vigila que se cumplan de manera eficiente la cobertura del plan obligatorio de salud, para que los derechos del usuario Manuel Antonio Gasca Robles sean respetados por COMFACOR.

En el caso en concreto, el superintendente de Salud no realizó ningún procedimiento o investigación disciplinaria en contra de COMFACOR, tal como se le ordenó, por lo que se evidencia un incumplimiento a la orden impartida por esta Corporación, en consecuencia se procederá a sancionar por desacato al funcionario antes mencionado, hasta tanto no demuestre las acciones tendientes al cumplimiento de la sentencia por parte de la entidad prestadora de salud.

De conformidad con lo anterior, y frente al incumplimiento de lo ordenado en providencia del 24 de abril de 2018, proferido por este Tribunal Administrativo, en la que se ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud,

²³ **Título iii**

Deberes y poderes de los Jueces

Artículo 42. Deberes del Juez. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.
2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.
3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.
5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

(...)

15. Los demás que se consagren en la ley.

ejercer el control y vigilancia de la entidad promotora de salud, como lo es COMFACOR, con el objetivo de dar cumplimiento el fallo de tutela, considera esta Magistratura que resulta necesario, declarar en desacato al Superintendente Nacional de Salud, y en consecuencia, sancionarlo con una multa de dos (02) S.M.L.M.V, debido a que, la sentencia de tutela no fue debidamente cumplida.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, este Despacho del Tribunal Administrativo de Bolívar, adopta las siguientes

DECISIONES

PRIMERO: DECLÁRESE en desacato al señor LUIS FERNANDO CRUZ ARAUJO en calidad de Superintendente Nacional de Salud, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SANCIÓNASE al señor LUIS FERNANDO CRUZ ARAUJO Superintendente Nacional de Salud, con una multa correspondiente a dos (02) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, que deberá consignar el a nombre de la Rama Judicial- multas u rendimientos- cuenta única nacional No.3-082-00-00640-8 del Banco Agrario.

TERCERO: Por Secretaria **NOTIFÍQUESE** a las partes conforme lo establece el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ENVÍESE en grado de consulta al H. Consejo de Estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 039 de la fecha.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado Ponente

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado