



328

Radicado: 41001-23-31-000-2017-00007-02
Demandante: HAROLD SAITH GÓMEZ NARVÁEZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Magistrada ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO
Radicación: 41001-23-31-000-2017-00007-02
Demandante: HAROLD SAITH GÓMEZ NARVÁEZ
Demandado: CAFESALUD EPS (HOY MEDIMAS EPS SAS)

Tema: Confirma sanción por desacato¹

CONSULTA SANCIÓN IMPUESTA

La Sala revisa en el grado jurisdiccional de consulta, la decisión proferida el 4 de marzo de 2019, por el Tribunal Administrativo de Huila, en la cual se sancionó al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS EPS SAS** (en adelante **MEDIMAS**).

I. ANTECEDENTES

1.1. El incidente de desacato

El señor **GÓMEZ NARVÁEZ** radicó escrito el 13 de diciembre de 2018, ante el Tribunal Administrativo de Huila, en el que, nuevamente,² informó el

¹ Sobre el tema se pueden consultar las siguientes decisiones en consultas de desacato, adoptadas por esta Sección: **Febrero 21 de 2019**, expediente No. 25000-23-41-000-2017-01507-01; accionante: Carlos Andrés Nivia Serrano; M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. **Enero 24 de 2019**, proceso No. 08001-23-31-000-2009-00878-04; accionantes: Aida María Navarro de Barbosa y otros; M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio. **Diciembre 14 de 2018**; incidente No. 54001-23-33-000-2014-00299-02; tutelante: Ana Ide Villamizar Montañez; M. P. Rocío Araújo Oñate. **Noviembre 8 de 2018**; radicado No. 25000-23-42-000-2015-04440-02; actor: José David Hernández Rodríguez; M. P. Alberto Yepes Barreiro.

² Esta Sala de Decisión en providencia del 30 de agosto de 2017, en consulta confirmó el auto del 26 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Huila, en la cual se sancionó al doctor **CÉSAR AUGUSTO ARROYAVE ZULUAGA**, en su calidad de gerente de defensa judicial de **CAFESALUD E.P.S.**, por desacato y lo multó con dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En dicha oportunidad en sus consideraciones finales, se indicó:

«Para la Sala, de conformidad con la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, por medio de la cual, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el plan de reorganización de {sic} institucional, a través del cual, **CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S A** fue reemplazada por la sociedad **MEDIMAS EPS S.A.S.**, identificada con Nit. 901097473-5, la que recibió todos los activos, pasivos y contratos de aquella, por lo que, la nueva empresa, **deberá dar cabal cumplimiento** a la orden de tutela proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 30 de enero de 2017.





cumplimiento parcial del fallo de tutela, proferido por dicha autoridad judicial el 30 de enero de 2017, al manifestar:³

«...con el fin de solicitar el cumplimiento del fallo de tutela que se emitió en su despacho consistente en ordenar a medimas eps {sic} el cumplimiento de una autorización para la realización de 20 sesiones de terapia en miembro superior izquierdo y que a la fecha de hoy 13/12/2018 no se ha dado cumplimiento a cabalidad con lo ordenado en la parte resolutive del fallo».

1.2. Amparo que se indicó como cumplido parcialmente

El tutelante presentó acción de tutela por la violación de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la atención en salud. El Tribunal Administrativo de Huila, luego de los trámites de rigor, con providencia del 30 de enero de 2017, amparó el derecho a la salud del señor **GÓMEZ NARVÁEZ** y, ordenó:⁴

«**TERCERO: SE ORDENA a MEDIMAS EPS**, si no lo hubiere hecho aún que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, remita al accionante a una IPS o empresa que suministre y/o practique las 50 sesiones de terapias física y ordenadas por el médico tratante y el médico especialista en ortopedia y que fueron debidamente autorizadas el 28 de diciembre de 2012 bajo la orden No. 175460016 y el 12 de enero de 2017 bajo la orden No. 176025680».⁵

1.3. Trámite del incidente

El Tribunal Administrativo de Huila, con auto del 14 de diciembre de 2018,⁶ previo a la apertura del incidente requirió un informe a **MEDIMAS**⁷ sobre el cumplimiento parcial de la orden de tutela y ofició a la Cámara de Comercio de Bogotá⁸ solicitando el certificado de existencia y representación legal de dicha empresa promotora de salud.

La mencionada autoridad judicial, con providencia del 22 de enero del presente año,⁹ inició incidente de desacato contra el doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**,¹⁰ en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS**, a quien le otorgó término para contestar y le requirió el cumplimiento del fallo de tutela.

Para tal cometido, se le ordenará a la Secretaría General de la Corporación que remita copia de la presente decisión, así como del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del radicado No. 41001-23-31-000-2017-00007-00, visible a folios 3 a 8 del expediente a **MEDIMAS EPS S.A.S.**».

³ Fl. 254. C. 2.

⁴ Fls. 28 – 23. Cuaderno de la tutela No. 2017-00007.

⁵ Énfasis del original.

⁶ Fls. 255 – 257. C. 2.

⁷ Se comunicó por correo electrónico (fls. 260 – 261. C. 2) y físico, a través de la empresa de mensajería 4-72, constancia de entrega de la guía RA057060298CO (fl. 263. C. 2).

⁸ Fls. 267 – 277. C. 2. La Cámara de Comercio allegó el certificado solicitado.

⁹ Fls. 278 – 280. C. 2.

¹⁰ Fue notificado por correo físico, a través de la empresa de mensajería 4-72, constancia de entrega de la guía RA068340679CO (fl. 299. C. 2).





Ante la falta de respuesta, el Tribunal Administrativo de Huila, con auto del 8 de febrero de 2019,¹¹ requirió nuevamente al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**,¹² en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS**, para que explicara las razones por las cuáles no han cumplido totalmente el fallo de tutela.

Luego de los anteriores requerimientos, el Tribunal Administrativo de Huila, con auto del **4 de marzo de 2019**, sancionó al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS**, con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y 1 día de arresto.¹³

Lo anterior, toda vez que en el trámite del incidente se constató el cumplimiento parcial de la orden de tutela, pues de las 50 terapias dispuestas, solo se autorizaron 30, el señor **GÓMEZ NARVÁEZ** requiere la realización de las restantes, toda vez que continúan las molestias en su hombro.

En cuanto a la imposición de la sanción al representante legal judicial de dicha entidad, se dio con fundamento en el certificado de existencia y representación legal de **MEDIMAS** allegado al trámite, en el que se constató que entre sus funciones le corresponde la de verificar y la de realizar las acciones tendientes para el cumplimiento de las órdenes de tutela.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la consulta de la providencia que sancionó al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS**, de conformidad con el artículo 52 del Decreto No. 2591 de 1991.

2.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sección determinar si confirma, modifica, revoca o levanta la sanción impuesta al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, y si el mismo incurrió en desacato en relación con la orden de tutela impartida por el Tribunal Administrativo de Huila que amparó el derecho fundamental de la salud del señor **GÓMEZ NARVÁEZ**; en caso de haberla incumplido -desde el punto de vista objetivo-, debe determinarse si tal conducta obedece al actuar culposo del funcionario.

¹¹ Fls. 302. C. 2.

¹² Se comunicó por correo electrónico (fls. 304 – 305. C. 2) y físico, a través de la empresa de mensajería 4-72, constancia de entrega de la guía RA076258510CO (fl. 306. C. 2).

¹³ Fls. 308 - 315. C. 2.





2.3. Marco Normativo

El incidente de desacato se regula por el artículo 52 del Decreto No. 2591 de 1991 «*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*», que establece:

«**Desacato.** La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción».¹⁴

Este instrumento jurídico coincide con el previsto en el artículo 27 del decreto en cita, en cuanto la finalidad común es lograr el efectivo cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela, esto es la protección de los derechos fundamentales constitucionales.

La declaratoria de que un funcionario es acreedor a las sanciones legales por desacato, requiere estar precedida de la constatación de unos supuestos objetivos y subjetivos. Debe establecerse la existencia y firmeza de un fallo estimatorio de tutela, mediante el cual fue concedido el amparo y se dispusieron las medidas necesarias para cesar la violación o amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales objeto de protección. Además, es preciso verificar que la orden emitida por el juez constitucional aún está pendiente de cumplirse, no obstante haber expirado el término judicialmente otorgado con tal fin; y que no haya alguna razón que materialmente justifique la conducta omisiva del destinatario de la orden de amparo, pues nadie está obligado a lo imposible.

En punto al desacato de la orden de tutela la Corte Constitucional ha señalado:

«Incidente de desacato y responsabilidad subjetiva

Dice el artículo 52 del decreto 2591 de 1991 que 'La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar'. Es, por lo tanto, una sanción y por lo mismo susceptible al debido proceso.

(...)

Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el

¹⁴ Con sentencia C-243 de mayo 30 de 1996 la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "La consulta se hará en el efecto devolutivo", con la que finalizaba este párrafo.





incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento...». ¹⁵

Sobre la naturaleza jurídica del incidente de desacato, ha establecido la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales que:

«El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la PROTECCIÓN de los derechos fundamentales con ella protegidos».

2.4. Asunto bajo análisis

Es así como la sanción objeto de consulta debe ser analizada bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, dada su naturaleza sancionatoria, siendo obligatorio considerar el aspecto subjetivo, pues nuestro ordenamiento - entre sus principios rectores- proscribiera la responsabilidad objetiva, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no solo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela,¹⁶ sino además verificar la responsabilidad subjetiva.¹⁷

Para la Sala, en cuanto el **aspecto objetivo**, en el trámite del incidente se pudo comprobar, fehacientemente, que la orden de tutela se ha cumplido parcialmente, pues solo se han autorizado 30 de las 50 terapias físicas ordenadas, para mejorar las molestias del hombro del señor **GÓMEZ NARVÁEZ**, las que fueron prescritas por el médico tratante y el respectivo especialista en ortopedia.

Lo anterior, con los soportes obrantes en el expediente (fls. 9 y 10, 95 a 98. C. 1), donde se observa la orden expedida por **MEDIMAS**, para la realización de 30 terapias. De igual manera, se observa la respuesta dada por el gerente del centro de terapias IPS Y CIA LTDA (fls. 104 y 105. C. 1), al requerimiento hecho por Tribunal Administrativo del Huila, donde informó que dicha EPS autorizó 30 sesiones.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-763 de 1998. Exp. 161333. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Fase objetiva.

¹⁷ Fase subjetiva.





Por otro lado, **MEDIMAS** ni el doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de dicha sociedad, intervinieron en el trámite del presente incidente de desacato, para dar su versión frente al cumplimiento parcial de la orden de tutela del 31 de enero de 2017, a pesar de los requerimientos hechos para tal fin, remitidos física y por correo electrónico,¹⁸ como se evidencia de las siguientes constancias de entrega de la empresa 4-72:

1) Guía RA057060298CO:

472 CERTIFICADO NACIONAL PRONOTADO

PO-NEIVA 11284178 16/13/2016 12:08:42

RA057060298CO

Remisor: **Medimas Contributivo**
 Punto Rad: **CORRESP 95**
 Fecha: **26/12/2016 06:16:0**
 Folios: **11**
 Área Dest: **TUT-MEDICON-2016-320783**

Remite: **WILSON FLOREZ**
 Tipo Doc: **26 DIC 2016**
 Anexo: **80 898 093**

PO-NEIVA 4015 SUR 450

2) Guía RA068340679CO:

472 CERTIFICADO NACIONAL PRONOTADO

PO-NEIVA 11284180 24/01/2016 14:28:28

RA068340679CO

Remisor: **Medimas Contributivo**
 Punto Rad: **CORRESP 95 WEB**
 Fecha: **24/01/2016 13:54:0**
 Folios: **20**
 Área Dest: **TUT-MEDICON-2016-331616**

Remite: **HAROLD SAITH GOMEZ**
 Tipo Doc: **28 ENE 2016**
 Anexo: **80 898 093**

PO-NEIVA 4015 SUR 450

3) Guía RA076258510CO:

472 CERTIFICADO NACIONAL PRONOTADO

PO-NEIVA 11284182 12/02/2016 12:11:28

RA076258510CO

Remisor: **Medimas Contributivo**
 Punto Rad: **CORRESP 95**
 Fecha: **15/02/2016 11:48:0**
 Folios: **1**
 Área Dest: **TUT-MEDICON-2016-347267**

Remite: **WILSON FLOREZ**
 Tipo Doc: **15 FEB 2016**
 Anexo: **80 898 093**

PO-NEIVA 4015 SUR 450

Handwritten: C.C. 1000417933

¹⁸ Ver pie de páginas Nos. 7, 10 y 12.





331

Ahora, a la Sala le corresponde el análisis de la **fase subjetiva** o de responsabilidad del funcionario, la cual igualmente se encuentra demostrada por dos razones:

i) Dada la ausencia en el expediente del medio de convicción que demuestre que ya se ordenaron las 50 terapias como lo dispuso el Tribunal Administrativo del Huila en fallo de tutela.

ii) El representante legal judicial de **MEDIMAS** tiene entre sus funciones la correspondiente a verificar y la de realizar las acciones tendientes para el efectivo cumplimiento de los fallos de tutelas, como se puede constatar en el certificado de existencia y representación legal de dicha entidad, visible a folios 268 a 277 del cuaderno No. 2 del expediente del incidente, por lo que, la Sala concluye que está acreditada la culpa del doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS EPS SAS**.

Cabe destacar que la consulta del incidente tiene por objeto verificar, por un lado, que se haya adelantado el trámite con plenas garantías para el debido proceso del funcionario, que en el presente caso se dio, pues el Tribunal Administrativo del Huila lo requirió en su condición de representante legal judicial, en varias ocasiones como ya se indicó, tanto a dirección física y electrónica, establecidas en el certificado de existencia y representación legal de **MEDIMAS**, ambas con constancia de entrega.

Por el otro, que la sanción a imponer sea respetuosa de las normas que la consagran y de los principios constitucionales que la rigen, como los de legalidad y proporcionalidad.

A este punto, advierte la Sala que tanto el auto de apertura del incidente como la providencia objeto de consulta fueron debidamente notificados al incidentado, quien tuvo oportunidad, se reitera, de ejercer el derecho de defensa y presentar las pruebas encaminadas a acreditar el cumplimiento total del fallo, garantizando así el debido proceso del mismo.

Una vez determinado que existe un incumplimiento de la obligación a cargo del funcionario sancionado, procede la Sección a estudiar la proporcionalidad de la sanción impuesta en virtud del desacato, bajo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, que textualmente expresó:

«...El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.

El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la finalidad de la medida, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.





(...)

El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto. Este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez constitucional adentrarse en el estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada.

(...)

Igualmente, la Corte encuentra proporcional en stricto sensu la medida analizada, como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma las libertad de locomoción o la iniciativa privada, como tampoco la dignidad humana, el derecho al trabajo o el debido proceso; por el contrario, permite que se materialicen y protejan como se explica a continuación, por lo tanto, el legislador no ha excedido las funciones que constitucionalmente le son reconocidas en la materia».

Esta posición jurisprudencial aplicada al caso concreto lleva consigo que la Sala confirme la sanción impuesta en virtud del siguiente análisis:

a. Finalidad perseguida con la sanción

En el caso concreto, el correctivo impuesto, persigue un fin acorde con la Constitución Política, esto es, cumplir el fallo de forma completa proferido por el Tribunal Administrativo de Huila que amparó el derecho fundamental a la salud del señor **GÓMEZ NARVÁEZ**.

b. Idoneidad

En relación con la idoneidad que debe cumplir la sanción impuesta para obtener el debido cumplimiento del fallo de forma íntegra que amparó el derecho fundamental de aquel, la Sala considera que la sanción pretendía conminar al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS EPS SAS**, el cumplimiento integral de la orden impartida.

c. Proporcionalidad

La Sala considera que la sanción impuesta de multa y arresto es proporcional frente al hecho que se ha dado un cumplimiento parcial frente a la orden dada, pues la entidad autorizó 30 de las 50 terapias físicas ordenadas en el fallo de tutela.

De igual forma, se advierte que la multa impuesta deberá pagarse a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto de la providencia consultada y que el dinero para su pago deberá salir del patrimonio del sancionado, la cual además, podrá ser objeto de cobro por medio de la jurisdicción coactiva.

En virtud del análisis anterior, la Sala confirmará la providencia del 4 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal Administrativo de Huila, en los términos atrás indicados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,





RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la providencia del 4 de marzo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Huila, en la cual se sancionó al doctor **JULIO CÉSAR ROJAS PADILLA**, en su calidad de representante legal judicial de **MEDIMAS EPS SAS**, por desacato y lo multó con dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y le impuso 1 día de arresto, de conformidad con los argumentos dados en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: Notificar al sancionado y a las demás partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado

