



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente:** CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., marzo quince (15) de dos mil dieciocho (2018)

**RADICACIÓN:** 25000-23-36-000-2017-01790-01

**ACTOR:** JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA

**DEMANDADOS:** NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD

**ASUNTO:** INCIDENTE DE DESACATO – CONSULTA SANCIÓN

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la decisión proferida el 15 de febrero de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, declaró en desacato al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 12 de octubre de 2017 y lo sancionó con multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. Fallo de tutela

Mediante providencia de 12 de octubre de 2017<sup>1</sup>, la Sección Tercera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dispuso:

***“PRIMERO:** Tutelar el derecho fundamental de petición del señor JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA, de conformidad con la parte motiva de [esa] providencia.*

***SEGUNDO:** Se ordena al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta decisión, adelante las gestiones pertinentes para que se realicen los exámenes médicos de retiro al señor JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA.*

---

<sup>1</sup> Folio 5.



**TERCERO:** *Cumplido lo anterior se ordena al Director de Sanidad Militar del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, iniciar las gestiones pertinentes para realizar la Junta Médico (sic) Laboral al señor JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA, en la cual se incluirá el porcentaje actual de su disminución de la capacidad laboral, las patologías o lesiones que éste padece actualmente.*

**CUARTO:** *El servicio médico del accionante, estará a cargo de la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, a través de la (sic) correspondientes dependencias, hasta tanto se defina su situación médico laboral.”<sup>2</sup>*

## 2. Solicitud de desacato

El señor Jhon Jairo Bolaño Riatiga con escrito radicado el 30 de enero de 2018<sup>3</sup>, promovió incidente de desacato contra la Dirección General de Sanidad del Ejército Nacional, al estimar que la aludida entidad no cumplió la sentencia proferida el 12 de octubre de 2017 por la Sección Tercera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca .

Lo anterior, en la medida en que no se le han practicado los exámenes médicos de retiro correspondientes para que posteriormente se convoque a la Junta Médico Laboral que valore su situación psicofísica.

## 3. Trámite

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, con proveído del 31 de enero de 2018, admitió el incidente de desacato y, por secretaría, requirió al director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, para que en el término de tres (3) días acreditara el cumplimiento de la orden impartida en el fallo proferido el 12 de octubre de 2017.

Decisión que fue notificada vía electrónica a las siguientes direcciones:

- german.lopez@ejercito.mil.co,
- disancomunicaciones@ejercito.mil.co,
- DisanEJC@ejercito.mil.co

<sup>2</sup> Cabe resaltar que no se conocen los motivos que sustentaron la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, debido a que no se aportó el expediente de la acción de tutela con radicado 2017-1790 y con el incidente de desacato solo se anexó la parte resolutoria del fallo que la resolvió.

<sup>3</sup> Folios 2 y 3.



- disancomunicaciones@ejercito.mil.co,
- juridicadisan@ejercito.mil.co,
- notificacionesjuridi@ejercito.mil.co.
- ayudadisana@ejercito.mil.co
- ceaju@ejercito.mil.co.

No obstante, durante el término otorgado por la judicatura que tramitó el incidente, el mencionado funcionario no se pronunció al respecto.

#### **4. Providencia consultada**

Mediante providencia de 15 de febrero de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, declaró en desacato al Brigadier General Germán López Guerrero, en condición de director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 12 de octubre de 2017 y lo sancionó con multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que no acreditó que ha adelantado las gestiones necesarias para que al actor se le realicen los exámenes médicos de retiro, así como tampoco probó que programó fecha y hora para convocar a la Junta Médico Laboral que diagnostique el porcentaje de pérdida de capacidad sicofísica sufrida por el señor Bolaño Riatiga.

Proveído que fue notificado al funcionario sancionado con correo electrónico remitido el día 16 del mismo mes y año, a las siguientes direcciones electrónicas:

- german.lopez@ejercito.mil.co,
- disancomunicaciones@ejercito.mil.co,
- DisanEJC@ejercito.mil.co
- disancomunicaciones@ejercito.mil.co,
- juridicadisan@ejercito.mil.co,
- notificacionesjuridi@ejercito.mil.co.
- ayudadisana@ejercito.mil.co
- ceaju@ejercito.mil.co.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1. Competencia**

De conformidad con el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer la consulta de la providencia que sancionó al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de



director de Sanidad del Ejército Nacional, por incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la providencia de 12 de octubre de 2017.

## 2.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si modifica, revoca o confirma la sanción impuesta al Brigadier General Germán López Guerrero, además, si el mismo incurrió en desacato en relación con la medida de protección brindada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que amparó el derecho fundamental de petición del señor Jhon Jairo Bolaño Riatiga; en caso afirmativo, se procederá a observar si el incumplimiento de la orden de tutela obedece al actuar culposos o doloso del referido funcionario.

## 2.3. Del cumplimiento de las órdenes de tutela y el incidente de desacato

Con el objetivo de evitar que las órdenes de tutela resulten inocuas, el Decreto 2591 de 1991 dotó al juez constitucional de una serie de mecanismos y facultades que le permiten compeler su cumplimiento de parte de la autoridad o particular obligados a acatar las medidas de protección.

De allí se derivan poderes de coacción y sanción para lograr el efectivo acatamiento de las decisiones de amparo.

Las potestades sancionatorias se encuentran previstas en el artículo 52 *ibídem*, y las ejerce el juez por medio del incidente de desacato, que tiene como finalidad sancionar al funcionario o particular renuente a acatarla. El referido artículo, a la letra, dice:

*“ARTICULO 52.-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”.*

El desacato apunta a una responsabilidad de **tipo subjetivo**, esto es, impone analizar el grado de culpabilidad en que haya incurrido el funcionario o particular renuente, y las circunstancias que hayan rodeado su conducta, de modo que el incidente es una herramienta de carácter disciplinario con la que cuenta el juez de tutela para imponer sanción de arresto o multa a quien de



manera **negligente e injustificada** incumpla la orden judicial.

Dado que el carácter de una de las sanciones que procede por desacato es de tipo corporal (arresto), la parte pasiva del incidente es la persona natural (funcionario o particular) encargada de acatar la decisión, y no la persona jurídica.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la sanción por desacato no se puede imponer a la entidad sino al servidor público que, vinculado en debida forma al trámite incidental, resulta responsable del incumplimiento de la orden de tutela.

En concreto, se ha dicho:

*“Adicionalmente, si se trata de una sanción no puede imponérsele sino a quien ha sido sujeto en el respectivo proceso, en este caso en el incidente. **De ahí que no sea legítima la expresión “o a quien haga sus veces”, pues bien podría tratarse de persona natural diferente al momento de decidirse o quedar en firme el auto. No se trata en estos casos de la entidad, sino de quien debió, como autoridad, cumplir la orden.**”<sup>4</sup> (Negrilla del Despacho).*

De esta manera, es evidente que durante el trámite incidental debe garantizarse en su mayor expresión el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona natural contra quien se dirige el incidente.

Para tal resultado, el juez de primera instancia que conozca debe actuar de la siguiente manera: 1) **identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas, es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas**; 2) darle traslado al incidentado para que presente sus argumentos de defensa; 3) si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión; 4) resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, **si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada**, para en caso afirmativo, imponer la respectiva sanción y 5) siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Entonces, para efectos de establecer la responsabilidad que implica la

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C.P. Álvaro González Murcia. Expediente 2000-90021-01(AC-9514). Actor: Departamento de Cundinamarca, Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca.



declaración de desacato, es necesario que, como primera medida, se establezca el contenido preciso de las órdenes emitidas en el fallo cuyo incumplimiento se alega.

De llegarse a demostrar que la orden no fue observada dentro del plazo previsto para el efecto, lo correcto es que, después de adelantar el trámite dirigido a procurar el cumplimiento del fallo, el incidente de desacato se dirija contra el funcionario obligado a atender la sentencia de amparo.

Así, para verificar la responsabilidad subjetiva del “incumplido”, en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, ha sido criterio reiterado de esta Corporación<sup>5</sup> que éste debe estar **debidamente identificado**, pues es sabido que mediante el trámite incidental no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta.

#### 2.4. Del caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en el *sub lite*, la Sala procederá a determinar si, como lo dispuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el funcionario sancionado incurrió en desacato de la orden impartida por dicha autoridad judicial, comoquiera que no se ha pronunciado ni ha allegado información que permita verificar que al actor se le practicaron los exámenes médicos de retiro y que se convocó a la Junta Médico Laboral, mediante la cual se determine la disminución de la capacidad laboral generada por las lesiones o afecciones que padece.

Para lograr tal finalidad, es menester analizar la sanción objeto de consulta, a la luz de los aspectos expuestos anteriormente –objetivo y subjetivo–, debido a que no basta con que se observe que el funcionario incumplió el fallo de tutela, sino además que tal omisión es el resultado de una conducta negligente o dolosa.

Así las cosas, se observa que el fallo proferido el 12 de octubre de 2017 por la Sección Tercera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conminó al director de Sanidad del Ejército Nacional a:

*“... que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de [esa] decisión, adelante las gestiones pertinentes para que se realicen los exámenes médicos de retiro al señor JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA.*

<sup>5</sup> Entre otras, ver auto del 15 de agosto de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. C.P. Gustavo Gómez Aranguren. Exp. 2012-00410-01.



Incidente de desacato - Consulta sanción  
 Rad. 25000-23-36-000-2017-01790-01  
 Actor: Jhon Jairo Bolaño Riatiga

**TERCERO:** *Cumplido lo anterior se ordena al Director de Sanidad Militar del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, iniciar las gestiones pertinentes para realizar la Junta Médico (sic) Laboral al señor JHON JAIRO BOLAÑO RIATIGA, en la cual se incluirá el porcentaje actual de su disminución de la capacidad laboral, las patologías o lesiones que éste padece actualmente.*

**CUARTO:** *El servicio médico del accionante, estará a cargo de la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, a través de la (sic) correspondientes dependencias, hasta tanto se defina su situación médico laboral.”*

Con sustento en la referida disposición, el señor Bolaño Riatiga presentó incidente de desacato, admitido por el Despacho sustanciador en providencia de 31 de enero de 2018, en la cual se le concedió el término de tres (3) días para que el Brigadier General Germán López Guerrero se pronunciara al respecto, sin obtener respuesta alguna.

Deriva de lo dicho que, en el caso concreto, está acreditado el incumplimiento de la orden de tutela por parte del funcionario encargado de materializar la medida de protección, teniendo en cuenta que el actor asegura que no se ha cumplido lo señalado en el fallo de tutela.

En relación con la fase subjetiva, en la que se valora la conducta de la autoridad encargada de cumplir la disposición judicial para determinar si existe o no alguna causal de justificación derivada de una imposibilidad física o jurídica, dado que *“no puede ser sancionado quien incumpliere una orden de tutela por hechos totalmente ajenos a su voluntad (...)”*<sup>6</sup>, se tiene que el director de Sanidad guardó silencio durante el trámite del incidente, por lo que no se tienen argumentos de defensa ni obran medios de convicción que permitan esclarecer toda duda que se presente en relación con la actuación desobediente del sancionado.

En este orden de ideas, este cuerpo colegiado encuentra que el director censurado ha sido negligente en el cumplimiento de la orden de tutela, motivo por el cual se comparte la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en cuanto a imponer al funcionario una sanción por desacato.

<sup>6</sup> Entre otras, ver Sentencia de 25 de marzo de 2004 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C.P. Darío Quiñones Pinilla. Radicado 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC).



Ahora, una vez revisado el expediente y las pruebas obrantes en el plenario, se observa que el funcionario que tiene a su cargo la obligación de cristalizar la orden de amparo, fue debidamente individualizado y vinculado a la presente actuación, por lo que se verifica que el trámite se adelantó con plenas garantías de sus derechos al debido proceso y de defensa.

Ahora bien, dado que en el asunto *sub examine* existe certeza de que se incumplió la obligación a cargo del funcionario sancionado, esta Corporación procederá a estudiar la proporcionalidad de la sanción impuesta en virtud del desacato, bajo los parámetros acogidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, expresados en los siguientes términos:

*“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.<sup>7</sup> (Resaltado del texto original)*

Bajo los anteriores criterios, se aplicará el test de proporcionalidad a la multa asignada en esta oportunidad al Brigadier General Germán López Guerrero, motivo por el que esta Sala analizará los siguientes aspectos:

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.





#### **a. Finalidad perseguida con la sanción**

En el presente caso el propósito perseguido con la sanción impuesta al Brigadier General Germán López Guerrero es que se cumpla el fallo proferido el 12 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por medio del cual se precisó que el servicio médico del accionante estará a cargo de la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, y se le ordenó al mencionado funcionario que adelante las gestiones pertinentes para que se ejecuten los exámenes médicos de retiro al tutelante y se programe la Junta Médico Laboral de Retiro en la que se incluya el porcentaje actual de su disminución de capacidad laboral.

#### **b. Idoneidad**

Sobre este punto, la Sala encuentra que la sanción imputada es idónea para obtener el debido cumplimiento del fallo que amparó los derechos fundamentales del señor Bolaño Riatiga, comoquiera que mediante la misma se pretende instar al funcionario del Ejército Nacional para que cumpla con la orden impartida.

#### **c. Proporcionalidad**

La Sala considera que la multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes imputada al funcionario censurado, se ajusta al menoscabo que le ha ocasionado al actor, debido al incumplimiento de la orden de tutela, aún más, si se tiene presente que la actuación desplegada por este ha sido negligente y desinteresada al no realizar alguna manifestación que justifique su renuencia a prestar los servicios solicitados por el tutelante.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión proferida el 15 de febrero de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que declaró en desacato al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional de la sentencia del 12 de octubre de 2017.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en uso de sus facultades constitucionales y legales,



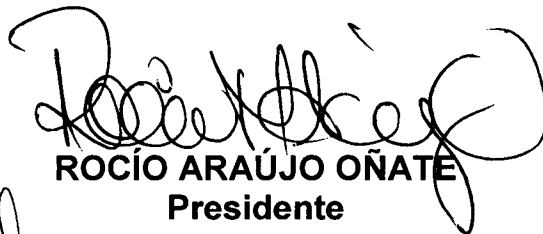
### III. RESUELVE

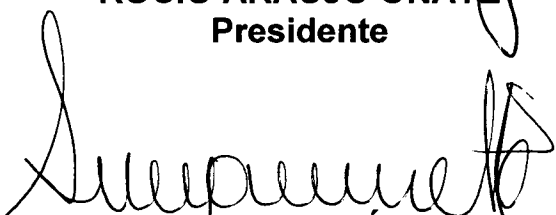
**Primero.- Confírmase** la providencia de 15 de febrero de 2018, por medio de la cual la Sección Tercera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró en desacato al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 12 de octubre de 2017 y lo sancionó con multa de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a orden del Consejo Superior de la Judicatura en la cuenta prevista para tal efecto, dinero que deberá salir de su propio patrimonio y que puede ser objeto de cobro por medio de la jurisdicción coactiva.

**Segundo.- Notifíquese** al sancionado en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Tercero.- Ejecutoriada** esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

  
**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

  
**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

  
**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

