



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá D.C., mayo tres (03) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 23001-23-33-000-2017-00179-01

ACTORA: EDITH DEL CARMEN HERRERA BERROCAL

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 14 de marzo de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Segunda de Decisión, declaró en desacato al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, “*en representación de la Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional*”, de la sentencia de 4 de mayo de 2017 y lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. ANTECEDENTES

1. Fallo de tutela

Mediante providencia de 4 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Córdoba, amparó el derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida, de la señora Edith del Carmen Herrera Berrocal y, en consecuencia, dispuso¹:

“(...) SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, se ORDENA a la Dirección General de Sanidad Militar – Batallón de ASPC N° 11 Cacique Tirromé, que si aún no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, a autorizar a la accionante de manera preferencial los medicamentos Lumigana Bimatoprost 0.3 Mg/MI, Optive Fusión y el suministro de lentes y monturas. Y que,

¹ Folio 10.



en adelante, brinde a la accionante el tratamiento integral que requiere para el manejo adecuado de su padecimiento, para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio, POS o NO POS, que prescriba su médico tratante (...)."

El fundamento de esta decisión radica en que la actora padece de una enfermedad denominada "neuropatía glaucomatosa", derivada de la fuerte hipertensión ocular que presenta, por lo que requiere de un tratamiento estricto para efectos de evitar la progresión de su ceguera.

En este sentido, dicha autoridad judicial concluyó que la entidad castrense por medio de su Dirección de Sanidad debe garantizar un acceso pleno al servicio público de salud sin dilaciones injustificadas.

2. Solicitud de desacato

La señora Herrera Berrocal con escrito radicado el 27 de febrero de 2018², promovió incidente de desacato contra la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares – Batallón de ASPC N° 11 Cacique Tirromé, debido a que no se le han suministrado los medicamentos "Lumigana Bimatoprost 0.3 Mg/MI, Optive Fusión" pues la farmacia Droservicios, quien es la encargada de proporcionar los mismos, en ocasiones se los ha entregado de manera incompleta o le ha informado que no hay.

De igual forma, sostuvo que la mencionada droguería se encuentra ubicada dentro de las instalaciones de la brigada y que en los eventos en que ha ido a reclamar sus medicinas se le comunica que no han llegado, por lo que se le entrega un pendiente que contiene un número de teléfono al cual debe comunicarse para consultar sobre su abastecimiento, pero la respuesta es la misma.

3. Trámite

- Con auto de 27 de febrero de 2018³, el Tribunal Administrativo de

² Folio 1.

³ Providencia notificada el 28 de febrero de 2018 vía correo electrónico a las siguientes direcciones: juridicadisan@ejercito.mil.co; notificaciones.tutelasminddefensa.gov.co; bass11@ejercito.mil.co; tutelasnacionales@defensajuridica.gov.co; arruiz@procuraduria.gov.co; notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co.



Córdoba admitió el trámite iniciado por la actora y ordenó notificar al Comandante Gabriel Fernando Marín Peñaloza, o a quien haga sus veces, para que presentara un informe detallado de los hechos que originaron el incidente; además, ordenó comunicar al agente del Ministerio Público y al director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y dispuso la vinculación del director de Sanidad del Ejército Nacional.

En atención a lo anterior, el Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en calidad de director General de Sanidad Militar, se pronunció con escrito radicado el 5 de marzo de 2018⁴, en el que afirmó que para llevar a cabo la entrega de medicamentos celebró el contrato No. 060-DGSM-2014 con el Operador Logístico Droservicio LTDA., por medio del cual se delegó a esa empresa la función de prestar este servicio público esencial a todos los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares a Nivel Nacional. En ese sentido, solicitó la vinculación de los representantes legales de la mencionada sociedad comoquiera que son los directos responsables de proporcionar a los usuarios las medicinas que requieren.

Agregó que, mediante oficio del 2 de marzo del presente año, visible a folio 18, solicitó a dicha sociedad que realizara la entrega inmediata de todos los medicamentos de la señora Herrera.

- Por medio de proveído del 12 de marzo de 2018 el despacho conductor del proceso ordenó la vinculación de los señores Diego Londoño Mejía y Hugo Marino, en condición de representantes de la empresa Droservicio LTDA., para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción; a pesar de que fueron debidamente notificados⁵, guardaron silencio.

4. Providencia consultada

En providencia del 14 de marzo de 2018⁶, el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Segunda de Decisión, declaró en desacato al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, *“en representación de la*

⁴ Folio 17.

⁵ Decisión notificada al correo electrónico juridicabogota@droservicio.com, el cual fue extraído del escrito anexo en el informe presentado por director General de Sanidad Militar.

⁶ Folios 26 a 29.



Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional”, de la sentencia de 4 de mayo de 2017 y, en consecuencia, lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para sustentar su disposición, consideró que si bien la entidad cuestionada indicó que la contratista Droservicio LTDA. es la encargada de suministrar los medicamentos y servicios médicos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, lo cierto es que *“tal situación no implica que los usuarios, en este caso la señora Edith del Carmen Herrera Berrocal, deban soportar la carga derivada del incumplimiento del objeto contractual por parte de dicha empresa”*, especialmente porque el derecho a la salud es un servicio esencial cuya administración recae en primer lugar en cabeza del Estado, que para el presente caso es la Dirección General de Sanidad Militar.

La decisión sancionatoria fue notificada mediante correo electrónico el 15 de marzo de 2018 a las siguientes direcciones:

- juricadisan@ejercito.mil.co;
- arruiz@procuraduria.gov.co;
- notificaciones.tutelas@mindefensa.gov.co;
- bass11@ejercito.mil.co;
- tutelasnacionales@defensajuridica.gov.co;
- notificacionesDGSM@sanidadfuerzasmilitares.mil.co.⁷

5. Actuación posterior al fallo

Mediante oficio enviado el 16 de marzo del año en curso a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Córdoba⁸, el Brigadier General Germán López Guerrero, en calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional, solicitó ser desvinculado del presente trámite, toda vez que no es el que *“autoriza servicios médicos, asigna citas médicas, hace entrega de medicamentos”*.

⁷ Cabe anotar que, si bien en el acápite 3 del presente proveído se advierte que el Tribunal Administrativo de Córdoba no envió la notificación de la apertura del incidente del desacato al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en su calidad de director General de Sanidad Militar, a su correo personal - institucional, lo cierto es que dicha nulidad se considera subsanada, en la medida en que en el informe que presentó no aludió nulidad alguna.

⁸ Folios 35 a 38.



Resaltó que, esa dirección ha desplegado todas las actuaciones administrativas necesarias para dar cumplimiento a la orden de tutela, en tanto que ha requerido a las autoridades competentes para la prestación de los servicios asistenciales de la actora.

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 Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en calidad de Director General de Sanidad Militar, por incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en fallo de 4 de mayo de 2017.

2.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si modifica, revoca o confirma la sanción impuesta al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, además, si el mismo incurrió en desacato en relación con la orden de tutela impartida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que amparó el derecho fundamental a la salud, en conexidad con el de la vida, de la señora Edith del Carmen Herrera Berrocal, en caso afirmativo, se procederá a observar si el incumplimiento de la orden de tutela obedece al actuar culposo 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



Incidente de desacato - Consulta sanción
Rad. 23001-23-33-000-2017-00179-01
Actor: Edith del Carmen Herrera Berrocal

*debió, como autoridad, cumplir la orden.*⁹ (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 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 Corporación¹⁰ que éste debe estar **debidamente identificado**, pues es sabido que mediante el trámite

⁹ 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.

¹⁰ 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.



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*, se tiene que la señora Herrera Berrocal estimó que la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares – Batallón de ASPC No. 11 Cacique Tirromé no acató la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, al no garantizar en debida forma el suministro de los medicamentos que requiere para efectos de evitar la progresión de la enfermedad que padece.

En efecto, dicha autoridad judicial declaró en desacato al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, “*en representación de la Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional*”, de la sentencia de 4 de mayo de 2017 y, en consecuencia, lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al estimar que la actora no debe soportar los efectos derivados del incumplimiento del contrato No. 060-DGSM-2014 que celebró esa entidad con Droservicio LTDA., máxime si se tiene en cuenta que el derecho a la salud es un servicio esencial que radica en el presente caso en cabeza de la Director General de Sanidad Militar.

Lo primero que resulta necesario resaltar, es que en la providencia del 4 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, se amparó el derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida, de la señora Edith del Carmen Herrera Berrocal y, en consecuencia, se dispuso:

“(…) SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, se ORDENA a la Dirección General de Sanidad Militar – Batallón de ASPC No 11 Cacique Tirromé, que si aún no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, a autorizar a la accionante de manera preferencial los medicamentos Lumigana Bimatoprost 0.3 Mg/MI, Optive Fusión y el suministro de lentes y monturas. Y que, en adelante, brinde a la accionante el tratamiento integral que requiere para el manejo adecuado de su padecimiento, para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio, POS o NO POS, que prescriba su médico



tratante (...)." (Subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, de acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, en especial, el memorial radicado el 18 de abril del presente año por el director Dispensario ESM1023 en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Córdoba¹¹, la Sala advierte que el funcionario sancionado cumplió la orden de tutela.

Lo anterior, en atención a que se informó que la farmacia Droservicio LTDA. –proveedor encargado de la entrega de medicamentos de dicho dispensario–, el pasado 4 de abril entregó a la actora el medicamento “LUMIGAN 0.3% SOLUCIÓN OFTÁLMICA FCO X 3 ML UND”, según el tratamiento emitido por el médico tratante; actuación que se encuentra debidamente acreditada con la constancia 25765784, visible a folio 67 del expediente, mediante la cual se evidencia que a la señora Herrera Berrocal efectivamente se le entregó la medicina que se encontraba pendiente.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que el fundamento de la sanción impuesta por desacato desapareció con la anterior actuación desplegada, en consecuencia, este cuerpo colegiado levantará la sanción impuesta por el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Segunda de Decisión en la providencia del 14 de marzo de 2018.

Lo anterior, no es óbice para que se conmine al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en calidad de director General de Sanidad Militar para que garantice el cumplimiento de la orden de tutela de manera oportuna y eficaz a la paciente, sin dilaciones de carácter administrativo.

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.- Levántase la sanción impuesta al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en calidad de director General de Sanidad Militar, en la providencia proferida el 14 de marzo de 2018 por el

¹¹ Folios 58 a 68.



Tribunal Administrativo de Córdoba, consistente en multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Segundo.- Conmínase al Vicealmirante César Augusto Gómez Pinillos, en calidad de director General de Sanidad Militar, para que garantice el cumplimiento de la orden de tutela de manera oportuna y eficaz a la paciente, sin dilaciones de carácter administrativo.

Tercero.- Notifíquese a la sancionada en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

