



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicado número: 73001-23-33-000-2011-00624-02

Actora: POLICARPA OROZCO GORDILLO COMO AGENTE OFICIOSA DE KARLA LUCÍA TANGARIFE OROZCO

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD

Asunto: Incidente de desacato – Consulta sanción

La Sala revisa en grado jurisdiccional de consulta la providencia de 29 de enero de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró en desacato al señor Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 27 de septiembre de 2011 y lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

1.1. Acción de tutela

Mediante sentencia del 27 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo del Tolima amparó los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en conexidad con el de la vida de la menor Karla Lucía Tangarife Orozco y, en consecuencia dispuso:

(...)

Segundo: ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a programar el examen denominado 'Hibridación Genómica Comparativa tipo Array', que requiere la menor.

Tercero: PREVENIR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, para que sufrague la totalidad de los gastos de traslado, de KARLA LUCÍA TANGARIFE OROZCO y su madre POLICARPA OROZCO GORDILLO, en el evento en que la asistencia médica se lleve a cabo en una ciudad distinta al municipio de Ibagué.

Cuarto: EXHORTAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, a no incurrir en conductas omisivas frente a medicamentos, tratamientos, exámenes, cirugías o cualquier otro tipo de servicio médico que requiera la menor KARLA LUCÍA TANGARIFE OSPINA (sic) para el tratamiento de su enfermedad”¹.

1.2. Incidente de desacato y su trámite

Con escrito radicado el 7 de noviembre de 2017², la señora Policarpa Orozco Gordillo, actuando como agente oficiosa de la menor Karla Lucía Tangarife Orozco, presentó incidente de desacato.

Argumentó que el 18 de octubre de 2017, radicó en el dispensario de Ibagué los documentos requeridos por la Dirección de Sanidad del Ejército “(...) para dar trámite a los viáticos, para dar cumplimiento a cita en Bogotá el día 2 de noviembre de 2017 en el Hospital Militar Central con la especialidad de OTOLOGÍA a las 8:00 am”.

Indicó que el área jurídica de la entidad en Ibagué envió los documentos el 19 de octubre de 2017 y el 31 de octubre de la misma anualidad llamó a la Dirección de Sanidad del Ejército para averiguar en qué iba el trámite y le contestaron que estuviera pendiente que se iban a comunicar con ella, pero “(...) nunca hubo tal llamada y [tuvo] que sufragar la totalidad de los gastos del viaje ya que la cita era de suma importancia”.

Por auto de 9 de noviembre de 2017³, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima, previo a iniciar el trámite incidental de desacato, requirió al Director de Sanidad del Ejército Nacional para que informara sobre el cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela de 27 de septiembre de 2011.

El término mencionado venció en silencio.

¹ Folio 18.

² Folios 1 a 5.

³ Folio 27.

El Tribunal Administrativo del Tolima, con auto de 6 de diciembre de 2017⁴, dispuso abrir incidente de desacato en contra del Brigadier General Germán López Guerrero en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional y ordenó correr traslado por un término de tres días al mencionado, para que explicara las razones por las cuales no había dado cumplimiento a la sentencia constitucional.

El término otorgado venció en silencio.

1.3. Providencia consultada

Mediante providencia de 29 de enero de 2018, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró en desacato al señor Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 27 de septiembre de 2011 y lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura.

Como fundamento de la decisión, señaló:

“(...) no se vislumbra dentro del plenario que la entidad incidentada haya acreditado el debido acatamiento a la orden tutelar emitida por esta Corporación, en lo que concierne a financiar los gastos de transporte de la menor agenciada a los sitios de atención en salud, acorde a lo prescrito por su galeno tratante.

Se advierte que la incidentada desatendió el numeral tercero de la sentencia tutelar que dispuso el servicio médico integral en favor de la agenciada, pues no demostró que se hayan sufragado los gastos de transporte de la menor⁵”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la consulta de la providencia, por medio de la cual se sancionó al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del

⁴ Folio 31.

⁵ Folio 38.

Ejército Nacional, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si modifica, revoca o confirma la sanción impuesta al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, y si el mismo incurrió en desacato en relación con la orden de tutela impartida por el Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia de 27 de septiembre de 2011, en caso de haberla incumplido -desde el punto de vista objetivo-, debe determinarse si tal conducta obedece al actuar culposo del funcionario.

2.3. Marco normativo y conceptual

En relación con el cumplimiento del fallo de tutela, el Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política, estableció en su artículo 27, lo siguiente:

***“Cumplimiento del fallo.** Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

***El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia.** (Resaltado fuera de texto).*

Ahora bien, frente al desacato de la orden de tutela señaló la Corte Constitucional:

“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 incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento..."⁶.

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."

Por su parte, esta Sección ha considerado que *"Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo; e 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de*

⁶ Corte Constitucional Sent. T-763 de 1998. Exp. 161333. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia”⁷.

2.4. Caso concreto

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- proscribire 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 sólo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela⁸, sino además verificar la *responsabilidad subjetiva*⁹.

En torno al primer aspecto, se tiene que el fallo de 27 de septiembre de 2011 ordenó lo siguiente:

“(…)

Tercero: PREVENIR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, para que sufrague la totalidad de los gastos de traslado, de KARLA LUCÍA TANGARIFE OROZCO y su madre POLICARPA OROZCO GORDILLO, en el evento en que la asistencia médica se lleve a cabo en una ciudad distinta al municipio de Ibagué”.

Ahora bien, ante el incumplimiento de la orden de tutela, con escrito radicado el 7 de noviembre de 2017¹⁰, la señora Policarpa Orozco Gordillo, actuando como agente oficiosa de la menor Karla Lucía Tangarife Orozco, presentó incidente de desacato.

Argumentó que el 18 de octubre de 2017, radicó en el dispensario de Ibagué los documentos requeridos por la Dirección de Sanidad del Ejército “(…) *para dar trámite a los viáticos, para dar cumplimiento a cita en Bogotá el día 2 de noviembre de 2017 en el Hospital Militar Central con la especialidad de OTOLOGÍA a las 8:00 am*”, pero que pese a lo anterior, tuvo que sufragar los costos del viaje.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 22 de enero de 2009. Actor Guillermo Alberto Pulido Mosquera. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

⁸ Fase objetiva.

⁹ Fase subjetiva.

¹⁰ Folios 1 a 5.

Mediante providencia de 29 de enero de 2018, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró en desacato al señor Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 27 de septiembre de 2011 y lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

De conformidad con lo expuesto, se tiene que el funcionario encargado de cumplir la orden de tutela¹¹ no lo hizo, máxime si se tiene en cuenta que en grado jurisdiccional de consulta, el mencionado fue notificado a su correo electrónico personal y, pese a lo anterior, guardó silencio, como pasará a explicarse, de tal manera que aparece acreditada la fase objetiva del desacato, esto es la materialidad de la conducta omisiva, toda vez que, la parte actora manifiesta que no se ha cumplido con lo ordenado en la decisión constitucional.

Además, se reitera, del trámite dado al incidente de desacato se tiene que el Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, no realizó manifestación alguna encaminada a justificar el incumplimiento de la orden.

Ante la ausencia en el expediente de medio de convicción alguno que demuestre la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad y, por el contrario, al contar con la manifestación de la incidentante de que no se ha dado cumplimiento al fallo de tutela, se concluye la existencia de prueba suficiente para encontrar acreditada igualmente la culpa del mencionado en el incumplimiento de la orden.

Ahora bien, la consulta del incidente tiene por objeto verificar que se haya adelantado el trámite con plenas garantías frente al debido proceso del funcionario y, adicionalmente, que la sanción a imponer sea respetuosa de las normas que la consagran y de los principios constitucionales que la informan, como los de legalidad y proporcionalidad.

Así las cosas, esta Sección advierte que el sancionado fue notificado de todas las decisiones que fueron proferidas dentro del presente trámite incidental mediante oficios que señalaron como dirección de envío la Carrera 7 #52-48/60, no obstante, no se evidencia dentro del

¹¹ El cual se encuentra debidamente individualizado e identificado.

expediente las respectivas constancias de recibido por parte del destinatario.

En atención a lo expuesto, el Consejero Ponente, mediante auto de 8 de marzo de 2018, advirtió que durante el trámite del incidente no se notificaron personalmente las decisiones surtidas dentro del mismo al funcionario sancionado.

Motivo por el cual dispuso notificar personalmente al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, y, de conformidad con el artículo 137 del Código General del Proceso, se puso en conocimiento de aquel, la posible configuración de la causal de nulidad consagrada en el artículo 133 ibídem.

La providencia referenciada, fue notificada el 12 de marzo de 2018¹² al correo electrónico german.lopez@ejercito.mil.co.

No obstante lo anterior, el incidentado guardó silencio, motivo por el cual, de acuerdo con la normatividad referenciada, la nulidad se entiende saneada, igualmente, resulta imperativo concluir que el presente trámite incidental se ha adelantado con plenas garantías frente al debido proceso del funcionario.

De esta manera, procede la Sala 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.

(...)

¹² Ver Folio 52.

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 la 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 en 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 la sanción de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, persigue un fin acorde con la Constitución Política, esto es, cumplir el fallo de 27 de septiembre de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

b. Idoneidad

En relación con la idoneidad que debe cumplir la sanción impuesta para obtener el debido cumplimiento de la sentencia que amparó los derechos fundamentales del actor, la Sala considera que la sanción pretende conminar al funcionario, para que cumpla con la orden impartida.

c. Proporcionalidad

En relación con este elemento, la Sala observa lo siguiente:

La sanción de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes resulta proporcional a la gravedad de la conducta frente a la providencia que se está desconociendo, máxime si se tiene en cuenta que el incidentado no realizó manifestación alguna encaminada a

justificar el incumplimiento de la orden.

De acuerdo a lo anterior, esta Corporación considera que la sanción debe ser confirmada.

Las sanciones impuestas no obstan para que el funcionario cumpla, de forma inmediata, la orden impartida en el fallo de tutela, en aras de garantizar los derechos fundamentales involucrados en la demanda.

Además, la Sala precisa que si el sancionado acredita ante el tribunal *a quo* el cumplimiento de la orden, podrá solicitar el levantamiento de la sanción impuesta de acuerdo con la posición que ha venido sosteniendo esta Sección¹³, con fundamento en lo señalado por la Corte Constitucional en garantía del debido proceso del funcionario y de los derechos fundamentales de la parte actora.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de 29 de enero de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró en desacato al Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, de la sentencia de 27 de septiembre de 2011 y lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a orden del Consejo Superior de la Judicatura en la cuenta prevista para tal efecto, dineros que deberán salir de su propio patrimonio y que pueden ser objeto de cobro por medio de la jurisdicción coactiva.

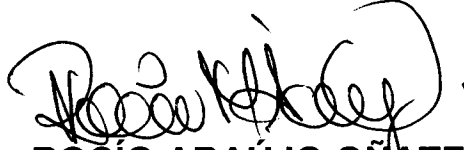
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE al sancionado en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

¹³ Consultar entre otras, Tutela Rad. No.:11001-03-15-000-2015-00567-01. Actor: Herman Alejandro Bustamante Jiménez. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

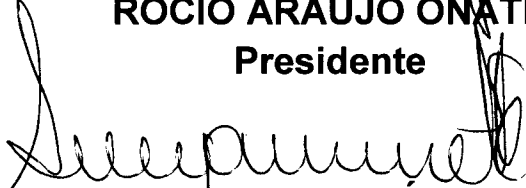
TERCERO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.



ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

