

**PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTO QUE RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO - Cuando se vulneran derechos fundamentales / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE**

[L]a naturaleza sancionatoria de que goza el incidente de desacato, requiere de la identificación e individualización en debida forma del representante legal de la entidad accionada, que es el funcionario encargado de cumplir la orden de tutela. En el sub lite, se advierte que la sanción se dirigió al Brigadier General [C.A.F.C.], sin que se verificara que incluso desde la fecha en que se profirió el fallo de tutela, éste ya no fungía y como Director de Sanidad del Ejército Nacional aspecto que sin dudar lo vulnera el núcleo esencial del debido proceso, pues según el Decreto No. 2379 del 11 de diciembre de 2015, el Ministerio de Defensa, decretó el retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares - Ejército Nacional del Brigadier General [C.A.F.C.], y por ende lo removió del cargo como Director de Sanidad del Ejército Nacional, lo que indica que para cuando se presentó el incidente de desacato, efectivamente el actor ya no era el funcionario encargado de dar cumplimiento a la tutela.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 52

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra autos que resuelven el incidente de desacato, ver las sentencias: del 12 de noviembre de 2015, exp. 11001-03-15-000-2015-00753-01(AC), C.P. Rocío Araújo Oñate; del 11 de agosto de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-02103-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; y, del 17 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-00900-01, C.P. Rocío Araújo Oñate, entre otras. En cuanto a los requisitos para que proceda la imposición de la sanción en el desacato, consultar la sentencia de 15 de agosto de 2012, exp. 05001-23-31-000-2012-00410-01(AC), C.P. Gustavo Gómez Aranguren y la sentencia T-631 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo de la Corte Constitucional. Sobre las reglas de procedencia de la acción de tutela contra providencias dictadas en el trámite de la misma, consultar la sentencia SU-627 de 2015 de la Corte Constitucional.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03183-00(AC)**

**Actor: CARLOS ARTURO FRANCO CORREDOR**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA Y OTRO**

Procede la Sala a resolver, en primera instancia, la petición de amparo elevada por el señor Carlos Arturo Franco Corredor.

## I. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado el 26 de octubre de 2016<sup>1</sup>, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Carlos Arturo Franco Corredor, a través de apoderado judicial<sup>2</sup>, instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del César y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el fin de obtener la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre.

Las citadas garantías las consideró vulneradas con ocasión de la providencia del 29 de marzo del 2016, adoptada por el Tribunal accionado, confirmada en grado jurisdiccional de consulta por la Sección Cuarta de esta Corporación en decisión del 1º de junio del 2016, y por medio de las cuales se le impuso sanción de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, ello dentro del incidente de desacato con radicación 20001-23-33-000-2015-00602-01.

A título de amparo constitucional, el accionante solicitó lo siguiente:

*“...se declare la INEJECUCIÓN de lo (sic) por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado el 1 de junio del 2016, que confirma la providencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CÉSAR de fecha 29 de marzo de 2016, en la que se impone una sanción de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”<sup>3</sup>*

Como sustento de la petición de amparo, indicó que para la fecha en que fue interpuesto el incidente de desacato (2 de marzo del 2016) por el presunto incumplimiento de la orden de tutela dictada en sentencia del 16 de diciembre del 2015, había sido retirado del servicio activo como Brigadier General del Ejército Nacional, quien se desempeñaba como Director de Sanidad del Ejército Nacional, razón por la cual, no podía ser sancionado por no atender una medida tutelar sobre la cual no tenía ninguna responsabilidad.

Alegó que de conformidad con lo anterior, el Tribunal Administrativo del César desconoció su garantía al debido proceso, pues le hizo exigible una orden judicial cuando no contaba con la calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, ya que inclusive, se encontraba desvinculado de la institución castrense.

Adicionalmente, indicó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en grado jurisdiccional de consulta, *“...a pesar de reconocer que el señor Brigadier General® no fungía como Director de Sanidad del Ejército Nacional, optó por confirmar la sanción impuesta por el Tribunal Administrativo del Cesar”*, situación que implicó una vulneración a sus derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> Folio 1 del expediente.

<sup>2</sup> El señor Carlos Arturo Franco Corredor, otorgó poder especial amplio y suficiente al abogado Nicolás Pérez Galeano, para que lo represente en la presente acción de tutela, visible a folio 10 del C.1.

<sup>3</sup> Folio 7 Reverso del C. 1.

Finalmente, consideró que en el caso concreto es procedente dar aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones adoptadas en el marco de incidente de desacato, ello por violación al debido proceso, resaltando también que en el caso concreto se cumple con los criterios de inmediatez y subsidiaridad requeridos para el efecto.

## 2. Hechos probados y/o admitidos<sup>4</sup>

La Sala encuentra acreditados los siguientes **hechos relevantes** a efectos de la decisión que se ha de adoptar:

- El señor Carlos Arturo Franco Corredor, en calidad de Brigadier General de las Fuerzas Militares, fue retirado del servicio activo, con resolución No. 2379 del 11 de diciembre del 2015, acto administrativo suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa, señalándose en forma expresa que el mismo empezaba a regir desde la fecha de su expedición<sup>5</sup>.
- Con fundamento en lo anterior, el actor cesó su vinculación como Oficial General del Ejército Nacional y consecuentemente, fue removido del cargo como Director de Sanidad del Ejército Nacional.
- En providencia del 16 de diciembre de 2015, el Tribunal Administrativo del Cesar amparó los derechos fundamentales reclamados por el señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo y dispuso:

*“...Segundo: ORDENAR a la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, fije fecha y hora para la realización del examen de retiro al señor JESÚS ALBERTO FERNÁNDEZ SANTODOMINGO, el cual deberá realizarse dentro de un término no superior a quince días contados desde la notificación del fallo de tutela. Una vez obtenidos los resultados del examen de retiro deberá programar fecha y hora para llevarle a cabo la Junta Médico Laboral, la cual deberá realizarse dentro de un término máximo de un mes contado a partir de la fecha en que se tengan los resultados definitivos del examen de retiro.*

*Tercero: En el evento que se determine por parte de la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que el peticionario padece enfermedades por causa o con ocasión del servicio militar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, debe de forma inmediata e integral garantizar la prestación del servicio de salud al actor hasta que esté en óptimas condiciones.*

---

<sup>4</sup> Los hechos expuestos en este acápite se obtienen de los documentos aportados por la parte accionante en medio magnético, obrante en CD que reposa a folio 68 del expediente de tutela.

<sup>5</sup> Folio 11 del C.1.

*Cuarto: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. ...”.*

- El 2 de marzo de 2016, el señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo, presentó incidente de desacato en contra de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.
- El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante providencia del 29 de marzo de 2016, sancionó al señor Brigadier General® Carlos Arturo Franco Corredor por incumplimiento del fallo de tutela del 16 de diciembre de 2015 con multa de 3 smlmv, decisión que fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto del 1º de junio de 2016.

### **3. Actuaciones procesales relevantes**

#### **3.1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 2 de noviembre del 2016<sup>6</sup>, la Magistrada Ponente de la presente providencia, admitió la demanda de tutela, ordenando la notificación de las autoridades judiciales demandadas, así como la vinculación, en su calidad de terceros interesados, de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y del señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo, este último como beneficiario de la orden de tutela presuntamente incumplida y que dio origen al incidente de desacato cuestionado.

En la misma providencia, se accedió a la petición de medida de suspensión provisional requerida en el escrito inicial, razón por la cual se suspendieron los efectos de todo lo actuado en el incidente de desacato con radicación 20001-23-33-000-2015-00602-01, en tanto se encontró que, tras una valoración *ab initio* de la pruebas allegadas al expediente, para la fecha del fallo de tutela cuyo incumplimiento se alega, el accionante no contaba con la calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional.

#### **3.2. Contestaciones**

Efectuadas las notificaciones correspondientes, las cuales obran a folios 19 a 26 del expediente, se presentaron las intervenciones que a continuación se relacionan:

**3.2.1.** El presidente del **Tribunal Administrativo del César**<sup>7</sup>, se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, alegando que en el caso concreto se realizó la correspondiente notificación de todas las decisiones adoptadas en el marco del incidente de desacato al correo electrónico institucional de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, así como la correspondiente al comandante de

---

<sup>6</sup> Folio 15 del C.1.

<sup>7</sup> Folios 28 a 31 del C.1.

dicha fuerza armada, sin embargo, ante los requerimientos de información allí efectuados, se guardó total silencio.

Señaló que tras la apertura del incidente de desacato, se solicitó a la oficina de desarrollo y talento humano del Ejército Nacional, certificar quien ostentaba la calidad de “*Director de Sanidad Militar*” (sic) para la fecha en que fue expedido el fallo de tutela, situación que no fue atendida por la referida institución pública.

En atención a todo lo anterior, el Tribunal accionado consideró procedente imponer la sanción al Director de Sanidad del Ejército Nacional, señor Brigadier General Carlos Arturo Franco Corredor, al encontrar que no se había atendido lo dispuesto por el juez constitucional en el correspondiente fallo de tutela y sin observarse la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad del funcionario conminado al cumplimiento de la orden.

**3.2.2** Los Magistrados de la **Sección Cuarta del Consejo de Estado** y los **terceros vinculados**, guardaron silencio.

### **3.3. Auto de mejor proveer**

Revisado el expediente se encontró que a pesar de que en providencia del 2 de noviembre de 2016 se ordenó la vinculación del señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo, beneficiario de la medida tutelar presuntamente incumplida y quien interpuso el incidente de desacato en contra del tutelante, éste no fue notificado.

No obstante, en el cuaderno del incidente de desacato se estableció que el señor Fernández Santodomingo, está privado de la libertad y recluido en el Centro Militar Penitenciario de Valledupar, razón por la que se ordenó a la Secretaría General de esta Corporación, que requiriera al jefe de la Oficina Jurídica del Centro Militar Penitenciario de Valledupar – Batallón la Popa, para que de forma inmediata le pusiera en conocimiento el auto admisorio de la presente acción de tutela entregándole copia de éste.

Efectuada la notificación al señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo<sup>8</sup>, éste mediante correo electrónico del 6 diciembre de 2016, adujo que “...*el Tribunal Administrativo del Cesar el 9 de diciembre de 2015, en donde fue notificada la parte accionada DIRECCIÓN DE SANIDAD por medio del correo electrónico disanejc@ejercito.mil.co la cual aparece en su página web <http://www.sanidadfuerzasmilitares.mil.co/index.php?idcategoria=1569> él se encontraba al frente de dicha entidad y nunca contestó los requerimientos de la autoridad de conocimiento de la acción de tutela por la cual fueron amparados mis derechos fundamentales*”.

Sostuvo que hasta el momento nadie le ha notificado por parte de la “*Dirección de Sanidad Militar (sic) iniciar mi Junta Médica de Retiro, es un acto irresponsable por*

---

<sup>8</sup> Folios 53 y 53 vuelto del cuaderno 1.

*parte del actual Director de Sanidad Militar Brigadier General GERMAN LÓPEZ GUERRERO que aun sabiendo que era de su resorte y muy a pesar de los múltiples requerimientos de la autoridad judicial Tribunal Administrativo de Valledupar (sic), no se pronunció acerca del incidente de desacato en curso, porque para el mes de marzo del 2016 ya estaba posesionado en el cargo de DIRECTOR DE SANIDAD MILITAR, es un acto de mala fe que solo el Estado es el encargado de tomar las medidas correctivas frente al caso en discusión”.*

Señaló que en el trámite de la acción de tutela quedó demostrado que padece de enfermedades que fueron adquiridas en acción del servicio como “...hernia discal lumbar, escoliosis, estrés postraumático por causa de episodios de guerra, gastritis, perdida de la visión (Glaucoma) dolor crónico en testículo izquierdo padezco de esterilidad porque me dio leishmaniosis, y necesitan ser valoradas por parte de Sanidad Militar, y la negligencia del Director de Sanidad Militar Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO está haciendo que mi salud se está deteriorando cada día más”.

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

### **1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela interpuesta en contra de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Cesar, de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y Acuerdo 55 de 2003.

### **2. Problemas jurídicos a resolver en la presente acción de amparo**

Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- (i) ¿Se superan en el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva referidos a la subsidiaridad, inmediatez y que no se trate de una acción de tutela contra decisión de tutela?
- (ii) De resultar positiva la respuesta anterior, ¿incurrieron las autoridades judiciales accionadas en un desconocimiento de la garantía al debido proceso del actor, al sancionarlo en el marco de un incidente de desacato, cuando al parecer no ostentaba la calidad de funcionario público conminado al cumplimiento de la orden de tutela?

### **3. Razones jurídicas de la decisión**

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: **(ii)** procedencia de la acción de tutela contra los autos que resuelven el incidente de

desacato; (iii) de los requisitos de procedibilidad adjetiva; (iv) del defecto fáctico; y, (v) análisis del caso en concreto.

### 3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>9</sup> **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>10</sup>, por lo que procedió a unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>11</sup>, **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente**.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014<sup>12</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005<sup>13</sup> para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

### 3.2. Procedencia de la acción de tutela contra los autos que resuelven el incidente de desacato

En consideración a la naturaleza jurídica del incidente de desacato como trámite sancionatorio<sup>14</sup>, se ha considerado que, contrario a lo manifestado por el *a quo*,

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 31 de julio de 2012. C.P. María Elizabeth García González. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01

<sup>10</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>11</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela - Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

<sup>13</sup> De manera general, dicha decisión consagró la necesidad de que la acción de tutela cumpla con unos presupuestos generales de procedibilidad –inmediatez, tutela contra tutela, subsidiaridad-, así como fijó las causales específicas de procedencia, los cuales denominó defectos, y dependiente de su naturaleza, pueden ser fáctico, sustantivo, procedimental, orgánico, por desconocimiento del presente o desconocimiento directo de la Constitución.

<sup>14</sup> Entre otras se puede consultar las sentencias del Consejo de Estado de la Sección Quinta del 12 de noviembre de 2015, Referencia 11001-03-15-000-2015-00753-01(AC), C.P. Rocío Araújo Oñate; 11 de agosto de 2016, Referencia 11001-03-15-000-2016-02103-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; y, del 17 de noviembre de 2016, Referencia 11001-03-15-000-2016-00900-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

contra las decisiones que se adopten en el mismo procede excepcionalmente la acción de tutela, cuando en dicho trámite deben garantizarse los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>15</sup> ha considerado que para que la acción de tutela proceda contra la providencia que resuelve un incidente de desacato es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos:

*“(…) las razones que el peticionario exponga en su escrito de tutela deben ser coherentes con los argumentos esgrimidos durante el incidente y que las pruebas que pretenda hacer valer hayan sido solicitadas, conocidas o analizadas en la etapa incidental porque de lo contrario la tutela no sería procedente en tanto que ésta no puede ser utilizada como un remedio procesal ante la desidia o negligencia del interesado”.*

En el mismo fallo precisó que el juez constitucional que conoce de una tutela contra la providencia que resuelve el desacato debe limitarse a estudiar *“(i) si el juez que decidió el incidente de desacato se ajustó a la orden de amparo proferida cuyo incumplimiento define; (ii) si respetó el debido proceso y (iii) si la sanción impuesta -si fuere el caso- no es arbitraria, sin que por otra parte pueda reabrir el debate o decidir sobre el fondo del asunto ya fallado en la tutela donde se produjo el incidente de desacato que se ataca, ni cambiar la protección concedida o el alcance y contenido de aquella”.*

Así mismo, en la sentencia SU 627 de 2015, la Corte Constitucional fijó las reglas de procedencia de la acción de tutela contra providencias dictadas en el trámite de la acción de tutela, en los siguientes términos:

***“4.6. Unificación jurisprudencial respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y contra actuaciones de los jueces de tutela anteriores o posteriores a la sentencia.***

*4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.*

*4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.*

*4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el*

---

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-343 de 5 de mayo de 2011, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

*incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional<sup>16</sup>.*

*4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.*

*4.6.3. Si la acción de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.*

*4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.*

*4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional". (Subrayas de la Sala).*

### **3.3. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**

**3.3.1.** La Sala observa que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que no se trata de una tutela contra decisión de tutela, pues las providencias cuestionadas fueron proferidas dentro del trámite incidental de desacato, frente al cual es procedente la acción constitucional, como se dijo en precedencia.

**3.3.2.** En relación con el acatamiento del requisito de inmediatez, no se advierte ningún reproche toda vez que la providencia del Consejo de Estado, Sección

---

<sup>16</sup> Supra II, 4.3.5.

Cuarta que se acusa como vulneradora de derechos fundamentales proferida al resolver el grado jurisdiccional de consulta es del 1º de junio de 2016, notificada personalmente el 22 de junio de esa anualidad, cobrando fuerza ejecutoria el día 28 del mismo mes y año y, la solicitud de amparo constitucional se presentó el 26 de octubre de 2016, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

**3.3.3.** En consideración a la **subsidiariedad**, por tratarse de providencias surgidas dentro de un incidente de desacato, una, para sancionar por incumplimiento de una orden de tutela y la otra, que confirma en grado jurisdiccional de consulta, no procede ningún recurso ordinario. Así mismo, cabe destacar que como son decisiones adoptadas en un incidente que hace parte del trámite de tutela, dentro de éste no están previstos los recursos extraordinarios para estas actuaciones.

Al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado.

#### **3.4. Caso concreto**

En el sub *judice*, la parte actora manifiesta que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en violación al debido proceso, al exigir el cumplimiento de una orden judicial a una persona que ya no ostentaba la calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, toda vez que desde que se profirió el fallo de tutela, esto es 16 de diciembre de 2015, el actor ya había sido retirado del servicio activo como Brigadier General del Ejército Nacional, y por ende removido del cargo de Director de Sanidad del Ejército Nacional, por tanto para la fecha en que se interpuso el incidente de desacato, es decir, 2 de marzo de 2016, el actor no tenía responsabilidad alguna para dar cumplimiento a la orden de tutela, razón por la cual, no podía ser sancionado.

Enfatizó que el Tribunal desconoció su garantía al debido proceso, en cuanto le hizo exigible una orden judicial sin tener en cuenta que ya no ostentaba la calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, por cuanto estaba desvinculado de la institución, máxime que la Sección Cuarta del Consejo de Estado al resolver el grado jurisdiccional de consulta, reconoció que en efecto, no fungía como Director de Sanidad del Ejército Nacional para la fecha en que se dispuso la orden de tutela, no obstante, confirmó la misma, situación que implicó una vulneración a sus derechos fundamentales.

Al respecto, conviene precisar que la naturaleza sancionatoria de que goza el incidente de desacato, requiere de la identificación e individualización en debida forma del representante legal de la entidad accionada, que es el funcionario encargado de cumplir la orden de tutela.

En el *sub lite*, se advierte que la sanción se dirigió al Brigadier General Carlos Arturo Franco Corredor, sin que se verificara que incluso desde la fecha en que se profirió el fallo de tutela, éste ya no fungía y como Director de Sanidad del Ejército

Nacional aspecto que sin dudar lo vulnera el núcleo esencial del debido proceso, pues según el Decreto No. 2379 del 11 de diciembre de 2015, el Ministerio de Defensa, decretó el retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional del Brigadier General Carlos Arturo Franco Corredor, y por ende lo removió del cargo como Director de Sanidad del Ejército Nacional, lo que indica que para cuando se presentó el incidente de desacato, efectivamente el actor ya no era el funcionario encargado de dar cumplimiento a la tutela.

Al respecto, esta Corporación<sup>17</sup> ha señalado que el desacato encierra el ejercicio de un poder disciplinario del juez, en el que es preciso indicar, que para que proceda la imposición de la sanción debe verificarse que el incumplimiento de la orden de tutela sea producto de la negligencia del obligado, es decir, que la responsabilidad subjetiva debe estar comprobada; de ello necesariamente se infiere, que el llamado a responder debe ser adecuadamente delimitado en el fallo que se dice desobedecido.

La Corte Constitucional ha sostenido que el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutoria del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: *“(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”*<sup>18</sup>. De existir el incumplimiento *“debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”*<sup>19</sup>.

En ese sentido, a efecto de verificar la responsabilidad subjetiva del incumplido, en armonía con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, éste debe estar debidamente identificado (nombres, apellidos y cargo desempeñado en la entidad) pues es sabido, que mediante el trámite incidental no se persigue a la entidad accionada como persona jurídica, sino al funcionario encargado de cumplir el fallo y garantizar la tutela judicial efectiva.

De modo que, la sanción por desacato debe imponerse al servidor público que, vinculado en debida forma al trámite incidental, resulte responsable del incumplimiento del fallo de tutela, con lo cual se garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y el buen nombre de la persona natural contra quien se dirige el incidente.

Así, la apertura del trámite incidental debe notificarse en forma idónea al funcionario o particular responsable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, aplicable al caso.

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” .Rad. 05001-23-31-000-2012-00410-01(AC) del 15 de agosto de 2012, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-631 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>19</sup> Ibídem.

En consecuencia, se concede el amparo solicitado y se dejará sin efectos la providencia del 29 de marzo de 2016, y las decisiones judiciales posteriores, proferidas dentro del incidente de desacato con radicado No. 20001-23-33-000-2015-00602-00, mediante la cual se sancionó por desacato al Director de Sanidad del Ejército Nacional, señor Brigadier General Carlos Arturo Franco Corredor y se ordenará al Tribunal Administrativo del Cesar, que realice nuevamente el trámite del incidente de desacato contra el funcionario que se desempeña en el cargo de Director de Sanidad del Ejército Nacional conforme a los criterios expuestos en esta providencia.

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales del debido proceso y buen nombre del actor, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** las providencias del 29 de marzo de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, y del 1º de junio de 2016 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferidas dentro del incidente de desacato con radicado No. 20001-23-33-003-2015-00602-00 adelantado por el señor Jesús Alberto Fernández Santodomingo.

**TERCERO: ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Cesar que dentro los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, tramite nuevamente el incidente de desacato contra el funcionario encargado del cumplimiento de la orden quien actualmente desempeña el cargo de Director de Sanidad del Ejército Nacional de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y devolver el expediente en préstamo al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Presidenta

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero