

ACCIÓN DE TUTELA EN GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Se ampara el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia / DEFECTO FÁCTICO - Se configura por ausencia de valoración de las pruebas en el trámite incidental objeto de esta tutela

Corresponde a la Sala determinar si con sujeción a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación por el magistrado ponente de la providencia demandada proferida el 24 de octubre de 2016, hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 4 de mayo de 2017 por la Sección Cuarta de esta Corporación, que accedió al amparo deprecado. (...). [C]onsidera la Sala que para establecer la responsabilidad subjetiva de la autoridad responsable de cumplir un fallo de tutela, para el presente caso debe tenerse en cuenta que el Tribunal dispuso una serie de órdenes para poder determinar finalmente el grado de capacidad médico laboral del señor [G.L.]. Quiere ello decir que para proceder finalmente a la convocatoria y práctica de la Junta Médico Laboral correspondiente, la autoridad responsable requiere de unos soportes, tales como los conceptos médicos solicitados, que por demás, ameritan en cierta medida de la anuencia del interesado para llevarlas a cabo. Por tanto, debe tenerse en cuenta que en casos como el presente, existen gestiones administrativas que necesariamente deben surtirse dentro del ámbito de competencia de cada autoridad para que pueda verificarse el cabal cumplimiento de las órdenes emitidas, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 352 de 1997, por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Además, se observa que si bien la autoridad demandada adujo que valoró en conjunto las aludidas pruebas, lo cierto es que determinó que el fallo de tutela del 22 de abril de 2016 no se encontraba cumplido, sin precisar las competencias y trámites administrativos que deben surtirse para el cabal acatamiento de las órdenes de amparo, las cuales fueron puestas en conocimiento durante el trámite incidental por el director de Sanidad del Ejército Nacional, a través de los referidos oficios. En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela impugnado [que accedió al amparo solicitado], pues se observa que la Subsección demandada incurrió en el defecto fáctico alegado por la parte actora, al no valorar de forma adecuada los mencionados elementos aportados al trámite incidental objeto de esta tutela.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 236 / LEY 352 DE 1997 / LEY 100 DE 1993 / DECRETO 1796 DE 2000 - ARTÍCULO 16 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 32 / ACUERDO 55 DE 2003 - ARTÍCULO 2

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la acción de tutela contra sentencia de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-627 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00178-01(AC)

Actor: ALBERTO JOSÉ MEJÍA FERRERO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A Y OTRO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el magistrado ponente de la decisión cuestionada proferida en el grado jurisdiccional de consulta, en contra del fallo de 4 de mayo de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que accedió al amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición

La parte actora, ejerció acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con escrito recibido el 13 de enero de 2017 en la Oficina de Correspondencia de la Corporación, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con la providencia del 24 de octubre de 2016, proferida por la autoridad judicial demandada a través de la cual, en el grado jurisdiccional de consulta de desacato confirmó la providencia del 12 de septiembre de la misma anualidad, emitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con la que se sancionó al comandante del Ejército Nacional, brigadier general Germán López Guerrero con multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y a su vez, revocó la sanción de un día de arresto impuesta al comandante del Ejército Nacional, mayor general Alberto José Mejía Ferrero¹.

En consecuencia, la parte actora pretende que:

«...se amparen mis derechos fundamentales, así como aquellos que el Honorable Consejo de estado (sic) considere pertinentes, y en consecuencia se ordene a los accionados revocar la sanción que me fue impuesta, y que en su lugar se declare la nulidad del trámite incidental adelantado en la acción de tutela N° 66001-23-33-002-2016-00199-00»

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que el señor Jhon Fredy Gaviria López interpuso una acción de tutela en contra del Ejército Nacional y la Dirección General de Sanidad de la misma institución por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad física y a la salud, al considerar que no se le brindaban los servicios

¹ En calidad de comandante del Ejército Nacional de Colombia.

médicos ni se había convocado a la respectiva Junta Médico Laboral que determinara su capacidad laboral.

Indicó que dicho proceso le correspondió al Tribunal Administrativo de Risaralda², el cual a través de su Sala Segunda de Decisión el 22 de abril de 2016 accedió al amparo de las aludidas garantías constitucionales, por lo que ordenó a las mencionadas autoridades que dentro del término de las 48 horas siguientes procedieran a:

i) Reactivar la prestación integral del servicio médico de forma continua e ininterrumpida, esto es, a suministrarle la atención, medicamentos, citas, entre otros procedimientos que requiera el señor Gaviria López.

ii) A la apertura del respectivo proceso tendiente a determinar la pérdida de la capacidad laboral del señor Gaviria López.

Manifestó que la anterior decisión y el procedimiento adelantado dentro del aludido trámite constitucional no le fueron notificados.

Agregó que el señor Gaviria López promovió un incidente de desacato en contra del Ejército Nacional y su director de Sanidad por el incumplimiento a la orden de amparo, el cual resolvió el referido despacho con providencia del 12 de septiembre de 2016, así:

«1. Sancionar al Comandante del Ejército Nacional – Mayor General Alberto José Mejía Ferrero, con un (1) día de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de este proveído, que deberá depositar a favor de la Nación- Consejo Superior de la Judicatura, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia...por desacato a la sentencia de tutela proferida por esta Corporación el día 22 de abril de 2016, referente al accionante Jhon Fredy Gaviria López, sin perjuicio del cabal cumplimiento de dicho fallo.

2. Sancionar al Director General de Sanidad del Ejército Nacional- Brigadista Germán López Guerrero, con un (1) de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de este proveído...por desacato a la sentencia de tutela proferida por esta Corporación el día 22 de abril de 2016...sin perjuicio del cabal cumplimiento de dicho fallo.

*3. Requierase al Comandante del Ejército Nacional – Mayor General Alberto José Mejía Ferrero y al Director de Sanidad del Ejército Nacional-Brigadista Germán López Guerrero, o a quienes hagan sus veces, para que sin lugar a más dilaciones, procedan de **manera inmediata** a dar cumplimiento a la sentencia proferida dentro del presente proceso, mediante la reactivación de manera continua e ininterrumpida de la prestación integral del servicio médico-sanitario del señor Gaviria, y la apertura del proceso médico laboral*

² Identificado con el radicado 66001-23-33-002-2016-00199-00.

adelantado por el actor tendiente a establecer la pérdida de capacidad laboral.

4. Consúltese esta decisión, en el efecto suspensivo, ante el H. Consejo de Estado...»

Señaló que el 14 de septiembre de 2016 recibió en la Dirección de Negocios Generales del Ejército Nacional copia de la precitada providencia y que con oficio 20161161234671 del 16 del mismo mes y año solicitó su desvinculación del trámite incidental y que se revocara la sanción impuesta bajo el fundamento de la indebida notificación personal del trámite incidental y la ausencia de la responsabilidad subjetiva.

Refirió que mediante oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016 se le informó al señor Gaviria López que ya se le habían activado los servicios médicos para la realización de la ficha médica y con ello podía proceder a solicitar la cita con medicina general y la consecuente remisión con el especialista y así la respectiva convocatoria de la Junta Médico Laboral, de lo cual indicó puso también en conocimiento del Tribunal Administrativo de Risaralda.

Adujo que el expediente fue enviado al Consejo de Estado para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, por lo que con oficio 20168451279011 de septiembre de 2016 solicitó ante el Consejo de Estado, la revocación de la sanción impuesta, pues a su juicio, su dependencia adelantó los trámites necesarios para cumplir con el fallo de tutela, el cual también dependía de la anuencia del señor Gaviria López, ya que, entre otras cosas, este no había allegado la ficha médica diligenciada para que fuera calificada.

Advirtió que también puso en conocimiento de esta Corporación que el señor Gaviria López se encontraba recluido en el establecimiento carcelario dispuesto por el INPEC, por lo que no podía imponer alguna orden a esta entidad para que le permitiera asistir a las citas médicas, toda vez que los respectivos permisos debían ser tramitados por su apoderada.

Adujo que al surtirse el grado jurisdiccional de consulta, la sanción por multa fue confirmada y la de arresto revocada por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de auto del 24 de octubre de 2016, al considerar que efectivamente el comandante del Ejército Nacional y el director de sanidad de la misma institución habían incurrido en desacato frente a la sentencia de tutela del 22 de abril de 2016. Como fundamento de lo anterior, dicha autoridad judicial señaló:

«Ahora, el 9 de septiembre el Tribunal se comunicó con la apoderada de la parte accionante para que informara al despacho si a la fecha las entidades accionadas dieron cumplimiento de la orden de tutela. Al respecto, la apoderada indicó que para el 8 de septiembre estaban listas las órdenes para (sic) cita con médico general, psicólogo y audiometría, pero nada se señaló respecto a la valoración de pérdida de capacidad laboral.

De igual manera, manifestó al Despacho que en varias oportunidades a pesar de la supuesta autorización de los servicios médicos, al momento de pedir citas médicas le indican la falta de convenios o contratos con especialistas (f.44).

Pues bien, en relación con la prestación integral del servicio médico – sanitario del señor Gaviria, mediante certificado expedido por el teniente coronel Fernando Gutiérrez Perdomo coordinador (sic) del grupo de afiliación y validación de derechos se evidencia que el señor Jhon Fredy Gaviria López está activo (f.51).

Sin embargo, aún falta suministrarle la atención médica, medicamentos y citas. Tampoco se ha procedido a abrir nuevamente el proceso médico laboral tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral.

...

En conclusión, la parte accionada incumplió con el mandato impartido en la sentencia del 22 de abril de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, pues a la fecha no se ha suministrado el servicio médico, medicamentos, citas, ni se ha procedido a abrir nuevamente el proceso médico laboral tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral ...»

3. Fundamento de la petición

Manifestó que sus derechos fundamentales se transgredieron con las irregularidades insubsanables que se evidencian en las actuaciones judiciales impartidas dentro del trámite incidental, las cuales, a su juicio, se sustraen desde la admisión de la solicitud de amparo presentada por el señor Jhon Fredy Gaviria López en contra del Ejército Nacional y su Dirección de Sanidad, pero que en todo caso, no pretendía cuestionar el fallo de tutela que dio origen a la sanción impuesta.

Sostuvo que las autoridades judiciales demandadas desconocen las disposiciones contenidas en el decreto 1796 de 2000, el cual establece cuales son los organismos y autoridades médico laborales militares y de policía, así como quien autoriza la realización de las juntas médico laborales militares.

Alegó que tanto en trámite de tutela como en el incidente de desacato promovido por el señor Gaviria López ha intervenido la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, con lo que asume tácitamente su responsabilidad en el acatamiento del fallo de tutela presuntamente incumplido.

Aclaró que una vez activados los servicios médicos del señor Gaviria López, este ya cuenta con los beneficios que le permiten acceder a lo ordenado en el numeral segundo de la orden de amparo y precisó que el proceso tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral del mismo corresponde es a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Arguyó que se le vulneró su derecho de defensa puesto que no tuvo conocimiento de la apertura del trámite incidental, ni fue notificado personalmente de las decisiones ni se le corrió traslado de las mismas, ni se valoraron las pruebas que allegó con las cuales demostraba que había cumplido la sentencia de tutela en cuanto a lo que a él correspondía.

Resaltó que también se le transgredió su presunción de inocencia, ya que hubo un prejuzgamiento en su contra, por cuanto no se tuvo en cuenta las disposiciones del decreto 1796 de 2000, dado que arbitrariamente se desconoció que carece de competencia para dar cumplimiento a la totalidad de las órdenes de amparo.

Precisó que se conculcó su derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que no pudo acudir al trámite incidental para argumentar y entregar los elementos materiales probatorios que conllevarían a determinar que no ha incurrido en desacato alguno respecto del fallo de tutela del 22 de abril de 2016.

Esgrimió que con las decisiones sancionatorias se incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto, por las siguientes razones:

Indicó que se desconoció la definición de competencia que tiene cada organismo contenidas en el decreto 1796 de 2000, norma que resulta determinante para establecer la responsabilidad de cada dependencia del Ejército Nacional respecto de la sentencia de tutela que dio origen a la sanción que se le impuso.

Agregó que se omitió de forma ostensible, flagrante y manifiesta la valoración de las pruebas que aportó en el trámite incidental para demostrar el cumplimiento del fallo de tutela dentro el ámbito de sus funciones y de la autoridad que debía cumplir con las demás órdenes de amparo, esto es, en relación con la valoración de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gaviria López. En lo particular, se refirió a los oficios 20168450540921 del 3 de mayo de 2016, 20168451279011 del 26 de septiembre y auto del 12 de septiembre de 2016, donde el Tribunal resalta también el escrito de respuesta de la Dirección de Sanidad con el que advirtió:

*«...la **Dirección General de Sanidad Militar** es una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares y que la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional** es dependencia del Comando del Ejército Nacional, sin que una sea superior de la otra; afirmando además que esta última es la instancia competente para definir la situación médico laboral del actor.»*
(negrilla fuera de texto)

Recalcó que el defecto procedimental se configuró puesto que las autoridades judiciales demandadas no se ciñeron al lineamiento indicado por las Altas Corporaciones respecto de las garantías que deben brindársele en un trámite incidental por desacato a un fallo de tutela, por lo que tampoco tuvieron en cuenta que en estos casos resulta aplicable el numeral tercero del artículo 291 del Código General del Proceso, para efectos de su debida notificación.

Hizo referencia a que no se le notificó personalmente las decisiones adoptadas en el trámite incidental y tampoco se individualizó a la autoridad responsable del cumplimiento cabal de la sentencia de tutela del 22 de abril de 2016, de manera que, a su juicio, por un lado, existe una nulidad por la indebida notificación personal de dichas providencias, y por el otro, no se analizaron los argumentos que expuso con la finalidad de demostrar la ausencia de la responsabilidad subjetiva que se le atribuyó.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Una vez efectuado el correspondiente reparto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante providencia del 25 de enero de 2017, admitió la solicitud de amparo, ordenó la notificación de los magistrados que integran la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, en calidad de demandados.

A su vez, ordenó la notificación del director «*general*»³ de Sanidad del Ejército Nacional y al señor Jhon Fredy Gaviria López, en calidad de terceros con interés en el resultado del proceso. Respecto de estos vinculados, se advirtió que de no ser posible la notificación dentro del término de 2 días, debía publicarse el auto admisorio en la página *web* de esta Corporación, para que, si a bien lo tenían, intervinieran dentro de este trámite constitucional.

Asimismo, solicitó en calidad de préstamo el expediente del incidente de desacato objeto de esta tutela.

5. Argumentos de defensa

5.1 Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado

El magistrado ponente de la decisión cuestionada del 24 de octubre de 2016, a través de escrito recibido el 1° de febrero de 2017, se opuso a las pretensiones de la solicitud de amparo, por las siguientes razones:

Precisó que la acción de tutela contra la providencia que resuelve un incidente de desacato únicamente procede de forma excepcional cuando se generen situaciones que transgredan derechos fundamentales de las partes, lo cual, a su juicio, no acontece en el presente asunto.

Advirtió que en la providencia mediante la cual se surtió el grado jurisdiccional de consulta se resolvió la inconformidad planteada por el accionante acerca de la falta de notificación de los autos dictados en el trámite del incidente de desacato y se concluyó que el Tribunal lo notificó debidamente.

Aclaró que el demandante no demostró el cumplimiento del fallo en el trámite de consulta, pues por el contrario, se logró determinar que al señor Gaviria López no

³ De conformidad con lo dispuesto en la Ley 352 de 1997, para el caso concreto, la denominación corresponde a director general de Sanidad Militar (para todas las Fuerzas Militares) y director de Sanidad del Ejército Nacional.

se le suministró la atención médica, los medicamentos ni se inició el proceso médico laboral para establecer su capacidad laboral.

Resaltó que con su decisión no incurrió en algún defecto procesal, orgánico, fáctico ni material que amerite discusión por tener relevancia constitucional.

5.2 Tribunal Administrativo de Risaralda

Los magistrados que suscribieron la decisión demandada del 12 de septiembre de 2016, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por los siguientes motivos:

Precisaron que durante el trámite de la acción de tutela identificada con el radicado 66001-23-33-002-2016-00199-00 no hubo pronunciamiento de las entidades demandadas y que a su vez, el fallo de amparo tampoco fue impugnado.

Agregaron que con ocasión del incidente promovido por el señor Jhon Fredy Gaviria López, mediante auto del 30 de agosto de 2016 se puso en conocimiento, se dio apertura y se formuló cargos por desacato en contra del comandante del Ejército Nacional, mayor general Alberto José Mejía Ferrero y al director «*general*» de Sanidad de la misma institución, brigadista Germán López Guerrero o a quienes hicieran sus veces. Afirmó que esta decisión se notificó a los interesados vía electrónica.

Manifestaron que con posterioridad a la providencia del 2 de septiembre de 2016 se dio apertura al incidente de desacato y se formuló el respectivo cargo en contra de las mencionadas autoridades, a quienes, se les notificó también electrónicamente y que con auto del 12 de septiembre de 2016 impusieron las sanciones objeto de debate a través de esta tutela.

Señalaron que la solicitud de amparo es improcedente para atacar providencias judiciales, en aras de preservar los principios constitucionales como la autonomía de los jueces, la cosa juzgada, la vigencia del orden justo, la seguridad jurídica y la prevalencia del derecho sustancial, de manera que excepcionalmente procederá este mecanismo solo cuando se incurra en una vía de hecho que ponga en inminente peligro algún derecho fundamental.

Sostuvieron que el demandante pretende a través de este medio dar contestación o hacer oposición a la acción de tutela primigenia, cuando no hizo uso de su derecho de defensa y contradicción durante el trámite de la misma y por el contrario guardó silencio, con lo cual demostró su actitud pasiva que también mantuvo en el trámite incidental, derivado de su incumplimiento.

Afirmaron que no incurrió en ningún defecto, ya que en el expediente del incidente de desacato se procuró siempre la notificación electrónica, por lo que considera que no puede predicarse un desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del actor por la indebida notificación, ya que dicha

circunstancia el demandante también la manifestó ante el Consejo de Estado y este la resolvió desfavorablemente al encontrar que las notificaciones se habían surtido en debida forma.

5.3 Jhon Fredy Gaviria López y el director general de Sanidad del Ejército Nacional

A pesar de sus notificaciones⁴, esta autoridad demandada guardó silencio.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante providencia del 4 de mayo de 2017 accedió al amparo solicitado, por encontrar que con la decisión que confirmó la sanción impuesta al demandante se había incurrido en un defecto fáctico. En concreto resolvió:

«...2. Dejar sin valor ni efecto jurídico la providencia del 24 de octubre de 2016, proferida en grado de consulta por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en el trámite del incidente de desacato 66001-23-33-000-2016-00199-01, que promovió Jhon Fredy Gaviria López contra el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad.

3. Ordenar al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que, en el término de 30 días, profiera una nueva providencia en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia....»

En síntesis, el *a quo* fundamentó su providencia bajo siguientes presupuestos:

Hizo referencia a la procedencia de la acción de tutela contra providencias dictadas en otro proceso de amparo, salvo las dictadas por la Corte Constitucional para lo cual hizo alusión a la sentencia SU 627 de 2015 de la misma Corporación que unificó la jurisprudencia al respecto.

Verificó el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias dictadas en procesos de tutela y, específicamente en trámites de incidente de desacato, por lo que pasó a estudiar los requisitos específicos, que se refieren a la prosperidad de la tutela. De manera que circunscribió el problema jurídico a lo siguiente:

*«Entonces, el problema jurídico se contrae a determinar si las autoridades judiciales demandadas al sancionar por desacato al comandante del Ejército Nacional y al director de sanidad del Ejército Nacional incurrieron en **defecto fáctico** porque supuestamente no se valoraron las pruebas que demostraban que las órdenes de la tutela se cumplieron, y en **defecto procedimental**, porque al comandante general del Ejército Nacional no se le notificaron los trámites del incidente de desacato ni era el competente para cumplir la sentencia de tutela que dio lugar al trámite incidental.»* (negrillas)

⁴ Folios 51 a 54 vuelta.

dentro del texto original)

Precisó que el defecto procedimental se ocasiona cuando el funcionario judicial actúa completamente al margen del procedimiento legalmente establecido.

Resaltó que la valoración probatoria que se hace sobre los medios de prueba debe estar consignada en la sentencia, pues de ese modo las partes conocen por qué el juez declaró probados los hechos y cuál fue el apoyo probatorio en el que basó la decisión y, de contera, permite determinar si la decisión resulta válida o no.

Estimó que las decisiones judiciales demandadas no incurrieron en defecto procedimental por lo siguiente:

Aclaró que de conformidad con lo manifestado por la parte demandante, las autoridades judiciales acusadas habrían incurrido en un defecto procedimental, porque no le notificaron los trámites del incidente de desacato ni tuvieron en cuenta que el comandante del Ejército Nacional no era el competente para cumplir la sentencia de tutela que dio lugar al trámite incidental.

Advirtió que contrario a lo señalado por la parte actora, los trámites del incidente de desacato se notificaron a los correos electrónicos dispuestos por el Ejército Nacional para notificaciones judiciales «... *notificacionesjuridi@ejercito.mil.co, atencionciudadanaEJC@ejercito.mil.co y atencionciudadanoejc@ejercito.mil.co* (ver folios 21, 33, 52, 91 y 99 del expediente del incidente de desacato)...».

Destacó que las anteriores direcciones electrónicas constituyen medios de comunicación eficaces para que el funcionario que debía cumplir la orden de tutela, en este caso el comandante del Ejército Nacional, tuviera conocimiento de las actuaciones adelantadas en el incidente de desacato.

Citó, a pie de página, que la Corte Constitucional con el auto 236 de 2013 advirtió que la apertura del incidente de desacato y las actuaciones que se adelantan en dicho trámite no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable de cumplir las órdenes de tutela, pues el juez cuenta con otros medios eficaces y expeditos para lograr el oportuno conocimiento de las actuaciones procesales. Asimismo, sostuvo que «...*el respeto al derecho al debido proceso del actor se constituyó en la debida notificación al Ejército Nacional, entidad de la que es comandante*».

Adujo que en relación con la presunta inobservancia de la falta de competencia del comandante del Ejército Nacional para cumplir la sentencia de tutela del 22 de abril de 2016, bastaba decir que las órdenes de dicha providencia también se dirigieron a esa entidad y que el Ejército Nacional no impugnó dicha decisión, por lo que indicó que no era de recibo que en sede del incidente de desacato alegara que carecía de competencia para dar cumplimiento al fallo de tutela.

Resaltó que la Subsección demandada sí incurrió en un defecto fáctico, por las siguientes razones:

Indicó que la parte demandante afirmó que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, no valoró el i) oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016, el ii) oficio 20168451279011 del 26 de septiembre de 2016, y iii) el auto del 12 de septiembre de 2016.

Aclaró que frente a la presunta falta de valoración del auto del 12 de septiembre de 2016, dictado por Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, no se podía alegar el aludido vicio, porque precisamente se trataba de la providencia que resolvió el incidente de desacato y que se estudió en grado de consulta.

Señaló que el oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016 y la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional mediante oficio 20168451279011 del 26 de septiembre de 2016, no se tuvieron en cuenta en la providencia del 24 de octubre de 2016.

Relacionó los argumentos plasmados por la autoridad judicial demandada en la providencia del 24 de octubre de 2016, de lo cual concluyó que a pesar de que la mencionada autoridad judicial resolvió que ni el comandante del Ejército Nacional ni el director de sanidad de esa misma entidad, habían cumplido el fallo de tutela del 22 de abril de 2016.

Mencionó que si bien la Subsección cuestionada arribó a la anterior conclusión no tuvo en cuenta la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional ni el oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016, en los cuales se relacionan las pruebas que dan cuenta de que al señor Jhon Fredy Gaviria López se le activaron los servicios médicos y se le citó para adelantar el trámite de la junta médico laboral.

7. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 22 de mayo de 2017⁵, el magistrado ponente de la decisión proferida en el grado jurisdiccional de consulta la impugnó, por las siguientes razones:

Precisó que el defecto fáctico se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, por lo que la Corte Constitucional ha identificado sus dos dimensiones, la positiva y la negativa. La primera, cuando el juez niega una prueba de forma arbitraria, irracional y caprichosa, mientras que la segunda, se presenta por una errónea interpretación de las pruebas.

⁵ Folios 90 a 91 vuelta.

Resaltó que la intervención del juez de tutela en relación con el manejo dado por el juez al dictar una providencia debe ser extremadamente reducido, en atención al principio de autonomía judicial. Al respecto indicó que la máxima Corporación constitucional determinó que, respecto del análisis probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

Manifestó que al momento de proferir la providencia cuestionada, a través de la cual se surtió el grado jurisdiccional de consulta, tuvo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente y se analizó en su conjunto tanto la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional como el oficio 201684505420921 del 3 de mayo de 2016.

Recalcó que dichas pruebas no permitían acreditar el cumplimiento del fallo de tutela del 22 de abril de 2016, con el que el Tribunal Administrativo de Risaralda ordenó suministrar al señor Jhon Fredy Gaviria López la atención, medicamentos, citas, entre otros procedimientos por él requeridos por las siguientes razones:

Indicó que si bien es cierto que dentro del trámite de consulta se demostró que al señor Gaviria López se le activaron los servicios médicos, también lo es que con ello no se lograba demostrar que se le haya brindado la atención, ni otorgado las citas ni los medicamentos requeridos.

Sostuvo que tal situación la expuso en la providencia que el *a quo* dejó sin efectos, cuando se refirió a la falta de suministro de atención médica, medicamentos y citas, así como a la apertura del proceso médico laboral tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral del señor Gaviria López.

Resaltó que si bien al señor Gaviria López se le citó para adelantar el trámite de la Junta Médico Laboral, ello no implicaba que se le hubiese dado apertura al proceso médico, pues no bastaba la simple citación, por lo que encontró razonable que en el aludido auto se afirmara que no se había cumplido con dicho requerimiento.

Refirió que a pesar de que se valoraron las pruebas señaladas en primera instancia como desconocidas, lo cierto es que con dichos documentos no se logró demostrar el cumplimiento de la orden de tutela, motivo por el cual procedió a confirmar la decisión consultada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia que accedió al amparo solicitado, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si con sujeción a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación por el magistrado ponente de la providencia demandada proferida el 24 de octubre de 2016, hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 4 de mayo de 2017 por la Sección Cuarta de esta Corporación, que accedió al amparo deprecado.

Para el efecto, se deberá analizar, conforme a los cargos planteados con la impugnación, si la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado no incurrió en un defecto fáctico al valorar debidamente las pruebas que daban cuenta del cumplimiento parcial del fallo de tutela del 22 de abril de 2016 por parte del demandante Alberto José Mejía Ferrero, quien se desempeña como comandante del Ejército Nacional y contra el que también se dirigió la orden de amparo dentro del ámbito de sus competencias.

El *a quo* consideró que los requisitos generales de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencia judicial se encontraban cumplidos con la solicitud de amparo, por lo que en esta instancia se procederá al análisis de la controversia constitucional planteada.

3. Caso concreto

La parte actora sostuvo que sus garantías constitucionales se vulneraron con la providencia demandada, ya que con ella se incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y procedimental al sancionarlo por desacato, en su calidad de comandante del Ejército Nacional junto con el director de Sanidad del Ejército Nacional por el presunto incumplimiento del fallo de tutela del 22 de abril de 2016 que accedió al amparo de los derechos fundamentales del señor Jhon Fredy Gaviria López.

Específicamente con dicha orden de tutela se dispuso que dentro del término de las 48 horas siguientes dichas autoridades procedieran a:

- i) Reactivar la prestación integral del servicio médico de forma continua e ininterrumpida, esto es, a suministrarle la atención, medicamentos, citas, entre otros procedimientos que requiera el señor Gaviria López.
- ii) A la apertura del respectivo proceso tendiente a determinar la pérdida de la capacidad laboral del señor Gaviria López.

A su vez, la autoridad judicial demandada se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al manifestar que en la providencia mediante la cual se surtió el grado jurisdiccional de consulta se resolvió la inconformidad planteada por el accionante acerca de la falta de notificación de los autos dictados en el trámite del incidente de desacato, y que además no se había demostrado el cumplimiento del fallo de tutela, puesto que por el contrario se logró determinar que al señor Gaviria López no se le había suministrado la atención médica, los medicamentos ni iniciado el proceso médico laboral para establecer su capacidad laboral.

El *a quo* accedió al amparo solicitado, al considerar que si bien no se había incurrido en un defecto procedimental, la decisión cuestionada proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado no tuvo en cuenta la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional ni el oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016, en los cuales se relacionan las pruebas que dan cuenta de que al señor Jhon Fredy Gaviria López se le activaron los servicios médicos y se le citó para adelantar el trámite de la junta médico laboral.

Por su parte, el magistrado ponente de la Subsección A demandada con su impugnación indicó que al momento de proferir la providencia a través de la cual se surtió el grado jurisdiccional de consulta, tuvo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente y analizó en su conjunto tanto la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional como el oficio 201684505420921 del 3 de mayo de 2016.

Agregó la autoridad demandada que a pesar de que se valoraron las pruebas señaladas en primera instancia como desconocidas, lo cierto es que con dichos documentos no se lograba demostrar el cumplimiento de la orden de tutela, motivo por el cual procedió a confirmar la decisión consultada.

En ese orden de ideas, una vez hechas estas precisiones, se procede a efectuar el siguiente análisis de conformidad con los cargos planteados por la parte impugnante, así:

En relación con el defecto fáctico, considera la Sala necesario precisar que este se configura siempre que se advierta cualquiera de los siguientes supuestos: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en el material probatorio obtenido con violación del debido proceso⁶.

Sobre el particular, la Sección ha considerado que dicho defecto procede en ese sentido cuando *«...a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado»*⁷.

De conformidad con lo anterior, la Sala destaca entre los argumentos esgrimidos por la Subsección demandada con el auto del 24 de octubre de 2016 lo siguiente:

«... a. Cumplimiento del fallo

...

⁶ Radicación 11001-03-15-000-2015-01471-01, accionante: Jaime Rodríguez Forero; accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷ Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00076-01, Accionante: Luz Amanda Moreno Barrera; Accionado: Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala 10 de Descongestión. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate.

Pues bien, en relación con la prestación integral del servicio médico – sanitario del señor Gaviria, mediante certificado expedido por el teniente coronel Fernando Gutiérrez Perdomo coordinador grupo de afiliación y validación de derechos se evidencia que el señor Jhon Fredy Gaviria López está activo (f. 51).

Sin embargo, aún falta suministrarle la atención médica, medicamentos y citas. Tampoco se ha procedido a abrir nuevamente el proceso médico laboral tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral.

Lo anterior, no responde el requerimiento ordenado por el Tribunal, toda vez que con las gestiones que da cuenta ni el Ejército Nacional ni el Director de Sanidad del Ejército han logrado alcanzar la finalidad del fallo de tutela del 22 de abril de 2016, ya que ha transcurrido más de seis meses y a la fecha no han brindado la atención médica, medicamentos, citas, ni abrir nuevamente el proceso médico laboral para establecer la pérdida de la capacidad laboral.

En conclusión, la parte accionada incumplió con el mandato impartido en la sentencia del 22 de abril de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, pues a la fecha no se ha suministrado el servicio médico, medicamentos, citas, ni se ha procedido a abrir nuevamente el proceso médico laboral tendiente a establecer la pérdida de la capacidad laboral.»

Así las cosas, se observa que si bien la referida autoridad demandada concluyó que no se había cumplido con la orden de amparo del 22 de abril de 2016, dentro de sus argumentos no hizo mención de las pruebas que manifestó la parte actora haber allegado dentro del trámite incidental, con las que pretendía demostrar el cumplimiento de dicho fallo, dentro del ámbito de su competencia, esto es, el oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016 y la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional mediante oficio 20168451279011 del 26 de septiembre de 2016.

Ahora bien, adujo el magistrado ponente demandado con su escrito de impugnación que sí tuvo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente y analizó en su conjunto tanto la contestación del director de sanidad del Ejército Nacional como el referido oficio del 3 de mayo de 2016, de lo cual indicó que con ellos tampoco se lograba demostrar el cumplimiento de la orden de tutela, motivo por el cual procedió a confirmar la decisión consultada.

Por lo anterior, la Sala pone de presente que durante el trámite incidental previo a la imposición de la sanción por desacato objeto de esta tutela, con el oficio 20168450540921 del 3 de mayo de 2016⁸, el brigadier general Germán López Guerrero señaló lo siguiente:

«...me permito informar que una vez revisado el Sistema de medicina Laboral se encontró...

⁸ Dirigido al señor Jhon Fredy Gaviria López.

➤ *El señor JHON FREDY GAVIRIA LOPEZ se encuentra recluido en Pereira desde el 05 de febrero de 2015.*

➤ *De acuerdo con el Sistema Integrado de Talento Humano el señor JHON FREDY GAVIRIA LOPEZ fue retirado del servicio mediante Disposición 1163 de fecha 17 de febrero de 2015.*

➤ *El señor JHON FREDY GAVIRIA LOPEZ le fueron activado (sic) los servicios médicos para ficha medica (sic) en fecha 23 de Octubre de 2015.*

En ese orden de ideas, se informa que el señor JHON FREDY GAVIRIA LOPEZ se le activaron nuevamente los servicios médicos para ficha medica (sic) y se solicita allegue a la sección de Medicina Laboral copia de la boleta de detención, la cual no se encuentra en el expediente medico (sic) laboral del accionante.

Por tanto, el señor JHON FREDY GAVIRIA LOPEZ puede solicitar la cita de medicina general para que mediante la misma se remita a las especialidades correspondientes, una vez se... [terminen] los tratamientos, usted puede solicitar (sic) realización de junta médica laboral, mediante el siguiente trámite: ...

Usted puede acercarse a la oficina de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad Ejército, quienes le darán la programación de la fecha, hora y documentos soportes que deben traer para el día de su cita, en caso de no poder acercarse personalmente a programar su Junta Médica Laboral puede otorgar poder autenticado por notaria autorizando a una persona para efectuar dicha programación...»

Por otro lado, también se encuentra que con posterioridad a la providencia sancionatoria, el mencionado brigadier general, con oficio 20168451279011 del 26 de septiembre de 2016, ya en sede del grado jurisdiccional de consulta, solicitó que se revocara la sanción impuesta, por siguiente:

«...cabe explicar a su despacho judicial que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, se encuentra conformado por un Subsistema de Salud, del cual hace parte la Dirección General de Sanidad Militar, la cual se crea como una dependencia del Comando General de las FFMM, mediante la Ley 352 de 1997...cuyo objeto es administrar los recursos del Subsistema e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de Salud..., a su vez esa misma norma estableció que las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas creadas por normas internas de las mismas Fuerzas Militares, ejercerán bajo la orientación y control de la Dirección General de Sanidad Militar las funciones asignadas a ésta en relación con cada una de sus respectivas Fuerzas

...

A su vez, aunque la Dirección de Sanidad de Ejército (sic) hace parte de dicha fuerza no es catalogada como una unidad militar y menos aún es una entidad asistencial (Establecimiento de Sanidad Militar, Dispensario Médico), puesto que su misión y visión son diferentes a estas, toda vez que la Dirección de Sanidad solo dirige y coordina la prestación del servicio de salud dentro de la fuerza, sin realizar actividades asistenciales como si lo efectúan los Establecimientos de Sanidad Militar

...

Es necesario indicar que en la actualidad existe un contrato suscrito por la Dirección General de Sanidad Militar...cuyo objeto es la ADQUISICIÓN, DISTRIBUCIÓN, SUMINISTRO, DISPENSACIÓN Y CONTROL DE MEDICAMENTOS A TRAVÉS (sic) DE UN OPERADOR LOGÍSTICO...por ello, se considera respetuosamente que este Establecimiento no le ha vulnerado los derechos fundamentales al accionante si se tiene en cuenta que es la Dirección General de Sanidad Militar quien realiza el proceso administrativo del cual depende la dispensación de medicamentos y que en virtud del mentado contrato es el operador DROSERVICIOS LTDA sobre quien recae la obligación de suministrar los medicamentos

...

Esta Dirección también quiere informar que verificado (sic) los antecedentes de notificación de esta (sic) caso no fue notificado el fallo de tutela, incidente de desacato solo la admisión...»

Ahora bien, la Sala recuerda que el incidente de desacato es un instrumento sancionatorio de creación legal, mediante el cual se estudia la responsabilidad subjetiva del funcionario que debía cumplir la orden de tutela y por ello no se deben desconocer las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa.

Asimismo, debe precisarse que para efectos de determinar si el fallo de tutela ha sido cumplido o por el contrario no ha sido acatado, se debe verificar rigurosamente la orden consignada en la tutela, para proceder a establecer si en efecto el funcionario sancionado se ha negado injustificadamente o a causa de su propia negligencia en el cumplimiento de la orden consignada en el amparo.

Por lo que, considera la Sala que para establecer la responsabilidad subjetiva de la autoridad responsable de cumplir un fallo de tutela, para el presente caso debe tenerse en cuenta que el Tribunal dispuso una serie de órdenes para poder determinar finalmente el grado de capacidad médico laboral del señor Gaviria López.

Quiere ello decir que para proceder finalmente a la convocatoria y práctica de la Junta Médico Laboral correspondiente, la autoridad responsable requiere de unos

soportes⁹, tales como los conceptos médicos solicitados, que por demás, ameritan en cierta medida de la anuencia del interesado para llevarlas a cabo.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que en casos como el presente, existen gestiones administrativas que necesariamente deben surtirse dentro del ámbito de competencia de cada autoridad para que pueda verificarse el cabal cumplimiento de las órdenes emitidas, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 352 de 1997¹⁰, por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Además, se observa que si bien la autoridad demandada adujo que valoró en conjunto las aludidas pruebas, lo cierto es que determinó que el fallo de tutela del 22 de abril de 2016 no se encontraba cumplido, sin precisar las competencias y trámites administrativos que deben surtirse para el cabal acatamiento de las órdenes de amparo, las cuales fueron puestas en conocimiento durante el trámite incidental por el director de Sanidad del Ejército Nacional¹¹, a través de los referidos oficios.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela impugnado, pues se observa que la Subsección demandada incurrió en el defecto fáctico alegado por la parte actora, al no valorar de forma adecuada los mencionados elementos aportados al trámite incidental objeto de esta tutela.

⁹ El artículo 16 del Decreto 1796 de 2000 "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" dispone:

"ARTICULO 16. SOPORTES DE LA JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Los soportes de la Junta Médico-Laboral serán los siguientes:

- a. La ficha médica de aptitud psicofísica.*
 - b. El concepto médico emitido por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado.*
 - c. El expediente médico - laboral que reposa en la respectiva Dirección de Sanidad.*
 - d. Los exámenes paraclínicos adicionales que considere necesario realizar.*
 - e. Informe Administrativo por Lesiones Personales.*
- PARAGRAFO. Una vez recibidos los conceptos médicos definitivos que determinen las secuelas permanentes, la Junta Medico Laboral se deberá realizar a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes."*

¹⁰ Norma que de forma clara estableció las competencias y funciones de la Dirección General de Sanidad Militar y de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y que además, dispuso que dentro del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares se encuentra la del Ejército Nacional y existen direcciones de Sanidad para cada una de las fuerzas, las cuales ejercerán bajo la orientación y control de la Dirección General de Sanidad Militar «...las funciones asignadas a ésta en relación con cada una de sus respectivas Fuerzas».

¹¹ También sancionado con las providencias cuestionadas.

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: Confírmase la sentencia del 4 de mayo de 2017 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

Ausente con permiso
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero