

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-04421-00
Demandante: NICACIO DE JESÚS MARTÍNEZ ESPINEL
Demandados: SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN A

Temas: Contra providencia judicial que sancionó por desacato a orden de tutela. Desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la procedencia de inaplicar la sanción por desacato. Deniega.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la tutela interpuesta por el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y la Sección Quinta del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y al trabajo, que estimó vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y la Sección Quinta del Consejo de Estado. En consecuencia, pidió que «se declare la nulidad del trámite incidental adelantado dentro de la acción de

tutela No. 2500023-41-000-2016-01496-00 de la que funge como accionante el señor CRISTIAN ANDRÉS VARGAS MALAVER»¹.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

2.1. La señora María Mónica de las Mercedes Malaver, en calidad de agente oficioso del señor Cristian Andrés Vargas Malaver, interpuso demanda de tutela contra el Comandante del Ejército Nacional y el Comandante del Batallón de Infantería No. 21 “Pantano de Vargas”, por estimar que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso.

2.2. Mediante sentencia del 5 de agosto de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, amparó los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso del señor Cristian Andrés Vargas Malaver y ordenó al Comandante del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón Pantano de Vargas que, en el término de 48 horas, realizaran las siguientes acciones: (i) desacuartelar al señor Vargas Malaver; (ii) expedir su libreta militar, y (iii) autorizar los procedimientos quirúrgicos necesarios para salvaguardar su vida.

2.3. El señor Cristian Andrés Vargas Malaver propuso incidente de desacato, por estimar incumplida la sentencia del 5 de agosto de 2016.

2.4. Por auto del 5 de marzo de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, sancionó con multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al Comandante del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón Pantano de Vargas, por incumplir la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016.

2.5. En sede de consulta, por auto del 4 de abril de 2019, al Sección Quinta del Consejo de Estado modificó la sanción, en el sentido de reducirla a un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que encontró probado el cumplimiento parcial de la orden de tutela. Asimismo, dicha providencia dispuso conminar *«a los funcionarios sancionados, en especial al comandante general del Ejército Nacional como superior del director de sanidad de esa entidad y destinatario de la orden de tutela, que realicen todas las gestiones internas necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones atribuidas al director de Sanidad del Ejército Nacional y, en esa medida, garantizar la*

¹ Folio 8 del expediente de tutela.

prestación efectiva de los servicios médicos que requiere el actor en cumplimiento de la orden de amparo»².

2.6. El 9 de abril de 2019, el Director de Sanidad del Ejército Nacional solicitó a la Sección Quinta del Consejo de Estado que inaplicará la sanción impuesta al Comandante del Ejército Nacional, toda vez que fue cumplida la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016, esto es, que se programaron los exámenes médicos necesarios para salvaguardar la salud del señor Cristian Andrés Vargas Malaver.

2.7. Mediante providencia del 30 de abril de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado remitió dicha solicitud al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por considerar que era la autoridad competente para responderla.

2.8. El general Nicacio de Jesús Martínez Espinel interpuso tutela contra la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, pues, a su juicio, debía inaplicarse la sanción por desacato. Que dichas autoridades judiciales omitieron que el competente para cumplir la orden de tutela es el Director de Sanidad del Ejército Nacional.

2.9. De la demanda de tutela conoció la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que, mediante sentencia del 6 de junio de 2019³, la declaró improcedente, por incumplir el requisito de subsidiariedad, toda vez que se encontraba en trámite la solicitud de inaplicación de la sanción por desacato al Comandante del Ejército Nacional. Asimismo, la Sala exhortó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, para que resolviera la solicitud de inaplicación de la sanción, presentada el 9 de abril de 2019.

2.10. El 15 de septiembre de 2019, el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que inaplicará la sanción por desacato, por cuanto, en su criterio, la orden de tutela fue debidamente cumplida.

2.11. Mediante providencia del 30 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, denegó la solicitud de levantamiento de la sanción y requirió al general Nicacio de Jesús Martínez Espinel (Comandante del Ejército Nacional) y al Comandante del

² Folio 53 (vuelto) del expediente.

³ Radicado 11001-03-15-000-2019-01725-00. (Folios 65 a 69 del expediente).

Batallón Pantano de Vargas para que acreditaran el pago de la multa impuesta en la providencia del 4 de abril de 2019.

3. Argumentos de la tutela

3.1. El general Nicacio de Jesús Martínez Espinel alegó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, toda vez que no resolvió las solicitudes de inaplicación de la sanción de desacato.

3.1.1. Que debe tenerse por cumplida la orden de tutela e inaplicarse la sanción por desacato, toda vez que el Director de Sanidad del Ejército Nacional informó al tribunal demandado que, el 2 de abril de 2019, se realizó la consulta de ortopedia al señor Cristian Andrés Vargas Malaver.

3.2. El demandante adujo que la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto no tuvieron en cuenta los argumentos que demostraban la falta de competencia del Comandante del Ejército Nacional para cumplir la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016.

3.2.1. Que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en **defecto sustantivo**, por desconocimiento del artículo 16 del Decreto 1795 de 2000, que señala que el servicio de salud del personal de las fuerzas militares se presta a través de las denominadas direcciones de sanidad. Que, siendo así, queda desvirtuada la responsabilidad subjetiva del Comandante del Ejército Nacional.

3.2.2. Que también hubo **defecto fáctico**, puesto que los demandados desconocieron que en el trámite incidental se demostró el cumplimiento de la orden de tutela. Que, en efecto, el Director de Sanidad del Ejército Nacional informó sobre el cumplimiento de la orden de tutela, esto es, señaló que el señor Cristian Andrés Vargas Malaver se encuentra activo en el sistema de salud de las fuerzas militares y tuvo consulta con la especialidad de ortopedia, como lo pidió cuando propuso el incidente de desacato.

3.2.3. Que, además, fue desconocido el precedente judicial fijado por la Corte Constitucional en el auto 181 de 2015 y en la sentencia SU-034 de 2018, que señalan que la sanción por desacato puede inaplicarse cuando se encuentra demostrado el cumplimiento de la orden de tutela, siempre y cuando no haya sido ejecutada. Que, de hecho, se desconoció el precedente fijado en la

sentencia T-421 de 2003, que señala que el incidente de desacato en tutela tiene como finalidad el cumplimiento de la orden de tutela y no la imposición de sanciones.

4. Trámite procesal

4.1. Por auto del 15 de octubre de 2019, el Despacho Sustanciador admitió la demanda de tutela y ordenó notificar, en calidad de demandados, a los magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y, en calidad de terceros con interés, a la señora María Mónica de las Mercedes Malaver, al Ministro de Defensa, al Director de Sanidad del Ejército Nacional y al comandante del Batallón de Infantería No. 21 “Pantano de Vargas”.

4.2. En cumplimiento de las anteriores providencias, la Secretaría General de la Corporación practicó las notificaciones a los demandados y a los terceros con interés⁴.

4.3. Las notificaciones enviadas a María Mónica de las Mercedes fueron devueltas por el servicio de correo, por las causales «no existe» y «cerrado». Por consiguiente, por auto del 26 de noviembre de 2019⁵, el Despacho Sustanciador ordenó que fuera notificada mediante aviso fijado en lugar visible de la Secretaría General del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y mediante publicación del auto admisorio en la página web del Consejo de Estado.

4.4. La Secretaría General de la Corporación practicó la notificación ordenada en providencia del 26 de noviembre de 2019⁶.

5. Intervenciones

5.1. El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda de tutela, por las razones que se resumen enseguida:

5.1.1. Que el cumplimiento de la orden de tutela fue parcial, por cuanto aún es necesario que se presten los servicios médicos requeridos por el señor Cristian Andrés Vargas Malaver. Que en el trámite incidental se evidenció que los

⁴ Folios 82 a 126 a 130 ibídem.

⁵ Folio 151 ibídem.

⁶ Folio 159 ibídem.

servicios médicos únicamente fueron suministrados hasta el 24 de enero de 2019.

5.1.2. Que la parte actora tuvo la oportunidad de demostrar el cumplimiento pleno de la orden de tutela, pero no lo hizo y, por ende, sí era procedente sancionar por desacato.

5.1.3. Que la solicitud de inaplicación de la sanción por desacato fue resuelta en providencia del 30 de septiembre de 2019, en el sentido de negarla y requerir prueba del pago de la multa.

5.2. La **Sección Quinta del Consejo de Estado** pidió que se denegara la tutela, por los motivos que se resumen enseguida:

5.2.1. Que la sanción por desacato está debidamente sustentada en lo expuesto por el señor Cristian Andrés Vargas Malaver, que, al proponer el incidente de desacato, afirmó que no habían sido autorizadas las citas de control necesarias para que fuera programada la cirugía de rodilla que requiere, por no figurar activo en el sistema de salud de las Fuerzas Militares.

5.2.2. Que también fue tomada en cuenta la intervención del demandante en el trámite incidental, pues se advirtió que, en concreto, sostuvo dos inconformidades: (i) que la atención médica fue suspendida por tratarse de servicios programados por un término fijo, y (ii) que el responsable de cumplir la orden de tutela era el Director de Sanidad del Ejército Nacional o su delegado. Que, no obstante, si bien la responsabilidad directa del cumplimiento era del Director de Sanidad Militar, lo cierto es que el Comandante General del Ejército es el responsable de verificar y garantizar que las dependencias a su cargo cumplan las funciones legalmente asignadas. Que, por ende, el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel también era responsable del cumplimiento.

5.2.3. Que la competencia del juez del desacato es limitada y, por ende, no puede abordar discusiones relacionadas con la competencia para el cumplimiento de la orden de tutela. Que la competencia es un asunto definido por el juez de tutela y no por el juez del desacato.

5.2.4. Que se advirtió que los servicios médicos del señor Cristian Andrés Vargas Malaver fueron reactivados a partir del 20 de octubre de 2017 y, por consiguiente, fue reducida la sanción.

5.2.5. Que, por lo demás, los funcionarios identificados como responsables del cumplimiento de la orden tutela fueron debidamente notificados de la apertura del incidente de desacato.

5.2.6. Que la solicitud de inaplicación de la sanción fue enviada al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, puesto que es la autoridad competente para decidirla.

5.3. El Comandante del Batallón de Infantería No. 3 Pantano de Vargas manifestó que cumplió las órdenes a su cargo, esto es, dispuso el desacuartelamiento del señor Cristian Andrés Vargas Malaver y la entrega de la libreta militar.

5.3.1. Que, en todo caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, incurrió en defecto fáctico, pues desconoció que al señor Cristian Andrés Vargas Malaver se le programó cita con ortopedista. Que tampoco se evidenció responsabilidad subjetiva por parte del Comandante General del Ejército Nacional, por cuanto la responsabilidad de la prestación de servicios médicos recae exclusivamente en la Dirección de Sanidad Militar.

5.3.2. Que el Consejo de Estado ha reconocido que es procedente inaplicar sanciones por desacato cuando se advierte que la orden de tutela fue cumplida, esto es, cuando existe hecho superado.

5.4. La señora **María Mónica de las Mercedes Malaver**, agente oficiosa de Cristian Andrés Vargas Malaver, no se pronunció sobre los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela, a pesar de que, como se vio, se practicó la notificación correspondiente.

CONSIDERACIONES

En orden a resolver la acción constitucional presentada por el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel, la Sala se referirá, en primer lugar, a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Seguidamente, se estudiará la procedencia excepcional de la solicitud de amparo contra sentencias o actuaciones de otra acción de tutela, en los términos fijados por la Corte Constitucional, para, luego, analizar el caso concreto y adoptar la decisión que corresponda.

1. La acción de tutela contra providencias judiciales

1.1. A partir del año 2012⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Posteriormente, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁸, se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

1.2. Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es: **(i)** la relevancia constitucional; **(ii)** el agotamiento de los medios ordinarios de defensa; **(iii)** la inmediatez; **(iv)** que si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante; **(v)** que se identifiquen los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, y que esa vulneración se hubiere alegado en el proceso judicial, y **(vi)** que no se cuestione una sentencia de tutela.

1.3. Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales de procedibilidad, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución.

1.4. Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que se ha aplicado la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

1.5. Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «/a

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01.

⁸ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional»⁹.

2. De la acción de tutela contra sentencias o actuaciones de otra acción de tutela

2.1. La Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, unificó el criterio en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en una acción de tutela. Al respecto, la Corte dijo lo siguiente:

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 (Negrillas del texto original).

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 incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

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 se de (sic) 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

⁹ SU-573 de 2017.

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. (Resaltado fuera de texto).

2.2. De lo anterior, se pueden puntualizar tres posibilidades o excepciones en las que la acción de tutela procede contra sentencias o actuaciones adelantadas en procesos de tutela:

a) Contra la sentencia de tutela proferida por un juez diferente a la Corte Constitucional, siempre que se demuestre que la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, que la decisión adoptada fue producto de una situación de fraude, y que no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

b) Contra actuaciones del proceso de tutela anteriores a la sentencia, que puede consistir, entre otros, en no haber informado, notificado o vinculado a los terceros que serían afectados con la decisión.

c) Contra actuaciones posteriores a la sentencia de tutela, cuando se trate de proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

2.3. Para la Corte, en cualquiera de las anteriores excepciones a la regla de improcedencia de la solicitud de amparo contra sentencias o actuaciones adelantadas en procesos de tutela, sigue siendo exigible el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial¹⁰, requisitos que quedaron explicados en el anterior acápite.

¹⁰ La Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, estableció los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, y dijo: «*b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última*».

3. Planteamiento del problema jurídico

3.1. Como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y al trabajo, que estimó vulnerados por la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Por consiguiente, pidió que se dejara sin efecto el trámite incidental promovido por Mercedes Malaver, agente oficiosa de Cristian Andrés Vargas Malaver, para obtener el cumplimiento de la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016, dictada por el propio tribunal demandado.

3.1.1. En concreto, el demandante alegó lo siguiente:

(i) Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, omitió resolver las solicitudes de inaplicación de la sanción de desacato. Que, en todo caso, debía ordenarse el levantamiento de la sanción, de conformidad con el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-034 de 2018.

(ii) Que la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, incurrieron en **defecto sustantivo**, por desconocimiento del artículo 16 del Decreto 1795 de 2000, que deja claro que el Comandante del Ejército Nacional no es competente para cumplir la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016.

(iii) Que los demandados también incurrieron en **defecto fáctico**, puesto que desconocieron que en el trámite incidental se demostró el cumplimiento de la orden de tutela. Que, en efecto, el Director de Sanidad del Ejército Nacional informó sobre el cumplimiento de la orden de tutela, esto es, señaló que el señor Cristian Andrés Vargas Malaver se encuentra activo en el sistema de salud de las fuerzas militares y que tuvo consulta con la especialidad de ortopedia, como lo pidió cuando propuso el incidente de desacato.

3.2. Lo primero que conviene decir es que no es procedente pronunciarse de fondo sobre el defecto sustantivo, toda vez que en ese aspecto no están cumplidos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez ni los exigidos en la sentencia SU-627 de 2015. Veamos.

3.2.1. La discusión referida a la competencia para cumplir la orden de tutela no fue resuelta en el incidente de desacato, sino que se encuentra decidida

desde la propia sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. En efecto, esa fue la providencia que amparó los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso del señor Cristian Andrés Vargas Malaver y ordenó al Comandante del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón Pantano de Vargas que, en el término de 48 horas, realizaran las siguientes acciones: (i) desacuartelar al señor Vargas Malaver; (ii) expedir su libreta militar, y (iii) autorizar los procedimientos quirúrgicos necesarios para salvaguardar su vida.

3.2.2. De modo que si el general Nicacio de Jesús Martínez Espinel —que, vale decir, fue vinculado al trámite de la tutela como superior jerárquico del obligado—, consideraba que no era competente para cumplir dichas ordenes, lo procedente era que impugnara y propusiera todos los argumentos que formuló en la demanda de tutela de la referencia para justamente proponer la falta de competencia que ahora alega en la solicitud de amparo. Sin embargo, como se vio, el demandante no impugnó la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2016 y no puede corregir esa omisión mediante el ejercicio de la acción de tutela, que, se reitera, es un mecanismo residual y subsidiario de defensa.

3.2.3. Tampoco está cumplido el requisito de inmediatez, habida cuenta de que la sentencia de tutela en mención fue notificada mediante correo electrónico del 11 de agosto de 2016¹¹ y la demanda de tutela fue presentada el 8 de octubre de 2018¹², esto es, después de más de tres años y dos meses. Conviene recordar que la Sala Plena de esta Corporación estableció que seis meses, contados a partir de la notificación de la providencia judicial cuestionada, es un término razonable para ejercer la acción de tutela, en consideración a «*la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad*»¹³.

3.2.4. Además, a juicio de la Sala, también se evidencia que el demandante, materialmente, cuestiona una sentencia de tutela, pero sin cumplir los requisitos de procedibilidad exigidos en la sentencia SU-627 de 2015. En efecto, la parte actora no alegó ni se encuentra demostrado que la sentencia del 5 de agosto de 2016 fuera dictada con ánimo fraudulento.

¹¹ De acuerdo con la verificación realizada en el Sistema de Consulta de Procesos de la Rama Judicial. Web procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/. Expediente 25000-23-41-000-2016-01496-00.

¹² Folio 1.

¹³ Sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014. Exp. N° 11001-03-15-000-2012-02201-01, demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A., C P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

3.3. La Sala también advierte que es improcedente pronunciarse sobre el defecto fáctico endilgado a las providencias que decidieron el incidente de desacato, esto es, los autos del 5 de marzo y del 4 de abril de 2019, dictados, en su orden, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado. En criterio de la Sala, frente a esas providencias se configura un caso de duplicidad de acciones.

3.3.1. En efecto, en sentencia del 6 de junio de 2019, la Sala decidió una tutela presentada con identidad de partes y de pretensiones, esto es, una tutela interpuesta por el general Martínez Espinel contra la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y que buscaba el levantamiento de la sanción por desacato a la sentencia del 5 de agosto de 2016.

3.3.2. En esa oportunidad, la Sala indicó lo siguiente: *«en el trámite incidental se encuentra pendiente de resolver dicha solicitud de inaplicación de la sanción, que de prosperar haría inane el estudio de la presente acción de tutela. En otras palabras, el actor cuenta con otro mecanismo de defensa que se encuentra en curso, pues dicha solicitud no ha sido resuelta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A»*¹⁴.

3.3.3. Siendo así, es claro que hubo duplicidad de acciones en cuanto a la discusión planteada frente a los autos del 5 de marzo y del 4 de abril de 2019, dictados, en su orden, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado y, por lo tanto, la Sala no se pronunciará de fondo sobre ese asunto.

3.3.4. Ahora bien, debe precisarse que, por auto del 30 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, resolvió la solicitud de inaplicación de la sanción por desacato, en el sentido de denegarla. Al respecto, es menester indicar que frente a esa providencia sí se cumple lo exigido en la sentencia SU-627 de 2015, por cuanto se trata de una actuación ocurrida en el trámite de un incidente de desacato, se alegó la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad.

3.3.5. En consecuencia, el problema jurídico de fondo se concreta a decidir si la providencia del 30 de septiembre de 2019, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de las reglas fijadas en la sentencia

¹⁴ Folio 69 del expediente.

SU-034 de 2018 o si desconoció el precedente fijado en la sentencia T-421 de 2003.

4. Respuesta al problema jurídico planteado

4.1. El demandante alega que se desconocieron las reglas de interpretación fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-034 de 2018. Concretamente, en dicha sentencia se dijo:

De lo expuesto, se colige que al momento de resolver un incidente de desacato, la autoridad judicial debe tomar en consideración si concurren *factores objetivos y/o subjetivos* determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario.

Entre los *factores objetivos*, pueden tomarse en cuenta variables como (i) la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, (ii) el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, (iii) la presencia de un estado de cosas inconstitucional, (iv) la complejidad de las órdenes, (v) la capacidad funcional de la persona o institucional del órgano obligado para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo, (vi) la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo, y (vii) el plazo otorgado para su cumplimiento.

Por otro lado, entre los *factores subjetivos* el juez debe verificar circunstancias como (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela.

4.1.1. Como se ve, en la sentencia SU-034 de 2018 se fijan sub reglas para efecto de decidir incidentes de desacato. Esas reglas señalan que deben tenerse en cuenta factores objetivos y subjetivos, que eventualmente pueden justificar la falta o la demora en el cumplimiento de la orden de tutela y hacer improcedente la imposición de la sanción por desacato.

4.1.2. En cuanto a los factores objetivos, la Corte se refirió a situaciones como la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, la presencia de un estado de cosas inconstitucional, la complejidad de las órdenes, la capacidad funcional de la persona del órgano obligado, la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo y el plazo otorgado para su cumplimiento.

4.1.3. En cuanto a los factores subjetivos, la Corte puso de presente la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, el allanamiento a las órdenes y la existencia de acciones positivas orientadas al cumplimiento.

Asimismo, indicó que estos factores son enunciativos, pues, en el procedimiento de verificación cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que eventualmente pueden justificar la demora o falta de cumplimiento de la orden de tutela.

4.2. Sin embargo, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en el auto del 30 de septiembre de 2019, no desconoció tales reglas. Ocorre que resolvió un asunto con supuestos fácticos diferentes a los del caso SU-034 de 2018 y, por lo tanto, no había lugar a aplicar las reglas de interpretación ahí fijadas. En efecto, el tribunal resolvió¹⁵:

Visto el escrito presentado por el Comandante del Ejército Nacional, General Nicacio de Jesús Martínez Espinel, y sus anexos, (documentos que obran en el expediente a folios 439 448), la Sala observa que el Ejército Nacional no ha dado cumplimiento a lo ordenado en sentencia proferida el cinco (5) de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, toda vez que por una parte no acreditó que el señor Cristian Andrés Vargas Malaver se le hubieren practicado la totalidad de los exámenes médicos necesarios que permiten su intervención quirúrgica, pues si bien a folios (366 y 367 del mismo cuaderno) obran copias de una autorización y de la programación de la cita con el ortopedista, deben llevarse a cabo la totalidad de los exámenes y citas médicas para llevar a cabo la realización del procedimiento quirúrgico necesario para su recuperación.

En tanto no se tengan todos los conceptos y exámenes médicos, no podrá realizarse la cirugía que requiere el accionante.

Por lo anterior, se evidencia que los señores Mayor General Nicacio de Jesús Martínez Espinel Comandante del Ejército Nacional y el Teniente Coronel William José Motta Comandante de Infantería No. 21 Aerotransportado no han cumplido con lo ordenado en el fallo de tutela del cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016), razón por la cual NIÉGASE la solicitud de revocatoria y/o inaplicación de la sanción [...].

4.2.1. Como se ve, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, resolvió sobre una solicitud de levantamiento o inaplicación de la sanción por desacato, mientras que las reglas fijadas en la sentencia SU-034 de 2018 se refieren a criterios para decidir incidentes de desacato.

4.2.2. En consecuencia, no es cierto que el tribunal demandado hubiese desconocido las reglas de interpretación fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-034 de 2018.

¹⁵ Folio 96.

4.3. Respecto del desconocimiento del precedente fijado en la sentencia T-421 de 2003, conviene decir que dicha sentencia se refiere a la posibilidad de evitar la sanción por desacato o que no se haga efectiva. La sentencia dice:

(...) la imposición de una sanción dentro del incidente puede implicar que al accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, **quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.**

En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. (Negrillas fuera del texto).

4.3.1. Es cierto que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹⁶ han establecido que, a pesar de haberse sancionado por desacato, el encargado de cumplir la orden de tutela puede evitar que la sanción se haga efectiva si demuestra que cumplió cabalmente las órdenes de tutela. En otras palabras, si se comprueba el cumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela, ya sea durante el curso del incidente de desacato o incluso después de impuesta la sanción, habrá lugar a inaplicar la sanción. En ese caso, corresponderá al juez de conocimiento informar del levantamiento de la sanción a las autoridades encargadas de la ejecución de la sanción para que terminen el procedimiento.

4.3.2. Sin embargo, el tribunal demandado no desconoció el precedente judicial que acepta la inaplicación de la sanción cuando se comprueba el cumplimiento de la orden de tutela. Todo lo contrario, el tribunal concluyó que el demandante no demostró el cumplimiento de la orden, en la medida en que aún no se han realizado los exámenes necesarios para efecto de realizar la cirugía de rodilla que requiere el señor Cristian Andrés Vargas Malaver y que, por lo tanto, no había lugar a levantar la sanción.

4.3.3. Por lo tanto, tampoco está probado el desconocimiento del precedente que permite el levantamiento de la sanción por desacato.

4.4. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico: la providencia del 30 de septiembre de 2019, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de las reglas fijadas en la sentencia SU-034 de 2018 ni desconoció el precedente fijado en la sentencia T-421 de 2003. Por consiguiente, serán denegadas las pretensiones de la demanda de tutela.

¹⁶ Sentencia de tutela del 19 de mayo de 2016, Expediente 11001-03-15-000-2016-00873-00.

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

FALLA

1. Denegar las pretensiones de la demanda de tutela presentada por Nicacio de Jesús Martínez Espinel, por las razones expuestas en esta providencia.

2. Notificar la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Si no se impugna, **enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Magistrada

MILTON CHAVES GARCÍA

Magistrado

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Magistrado

