



Tribunal Administrativo de Boyacá
Despacho No. 5
Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortíz

Tunja, enero veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

Accionante: Lelían Stael Bareño Amézquita y otros

Accionado: Escuela Superior de Administración Pública - ESAP

Radicación: 15001-3333-014-2019-00173-02

Incidente de desacato – CONSULTA

Ingresa el expediente para pronunciarse en grado jurisdiccional de consulta sobre la sanción impuesta por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en auto 16 de enero de 2020 (fl. 321 a 328) a Pedro Eugenio Medellín Torres como Director, José Vicente Casas Díaz en calidad de Sub Director Administrativo y Financiero y Camilo Sarmiento Garzón Director de Concursos de la Escuela Superior de Administración Pública.

Lo anterior por desacato a la sentencia proferida en el proceso de la referencia dentro del incidente promovido por Lelían Stael Bareño Amézquita, Christian D. Moreno García, Edison Fabián Sánchez, Laura Cristina Novoa, Juan Sebastián Rodríguez, Sandra Lucía León León, Gustavo Adolfo Ramírez Estupiñán, Ivonne Carolina Contreras Sánchez, Segundo Manrique Sandoval, Verónica Catalina Ríos Mejía, Carolina Moreno Gutiérrez, Erika Alejandra Pérez Henao, Diego Fernando Rivera Acuña, Yina Yineth Quito Roberto, Martha Yaneth Rodríguez Melo y Darío Castellanos Forero.

I. ANTECEDENTES

1.1. La acción de tutela (fl.6)¹.

Lelían Stael Bareño Amézquita, en ejercicio de la acción constitucional de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, acudió a la jurisdicción para solicitar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad.

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2019², tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos del accionante y de las personas vinculadas, cuyo agente vulnerador fue la Escuela de Administración Pública -ESAP y, en consecuencia, dispuso:

“(…) SEGUNDO: En consecuencia para proteger los derechos, se Ordena, que el Director de la ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESAP, o a quien haga sus veces para estos efectos, se proceda en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a permitir a los participantes inscritos la posibilidad de manifestar su voluntad de inscribirse a otros Municipios en el concurso de personeros 2020-2024, habilitando para el efecto la plataforma de inscripción <http://concurso2.esap.edu.co/personeros2019/>, por el término mínimo de 24 horas, garantizándoles que no se presentaran bloqueos o fallas técnicas para este proceso de inscripción, informando la fecha exacta en la que será habilitará la página, si es del caso y amerita deberá modificar el cronograma del concurso.

Se advierte que en cumplimiento de la sentencia³, no se interrumpe o suspende por la interposición de recursos. Que en el evento de que se incumpla lo ordenado, el juzgado dispondrá de lo necesario para su cumplimiento y adelantará el respectivo trámite de desacato, sin perjuicio de las acciones penales y disciplinarias correspondientes. Por ello se ordena que una vez cumplida la orden de tutela, se deberá allegar de manera inmediata al despacho la copia de los documentos que acrediten el cumplimiento de la misma.

¹ Se observa que dentro del expediente no fue incorporada copia de la demanda de tutela, sin embargo, a folios 6 y ss. se encuentra copia de la sentencia de tutela proferida 30 de septiembre de 2019, en primera instancia por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, de donde se extrae la información contenida en este ítem.

² Vista a folios 6 a 22 del expediente.

³C 122-2018, recordó la Corte que la tutela debe cumplirse de manera inmediata, pues al surtirse el recurso de apelación o impugnación, ello no suspende su cumplimiento: “el término de 200 días previsto por el aparte normativo acusado para resolver la impugnación no menoscaba la protección inmediata de los derechos fundamentales. La Corte que el término previsto por la disposición acusada no afecta en modo alguno la celeridad del amparo ni la protección inmediata de los derechos fundamentales. Esto es así, por cuanto (i) la decisión de primera instancia, que se profiere “dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud”, es de inmediato cumplimiento y (ii) la impugnación, de presentarse y tramitarse, se concede en el efecto devolutivo.

TERCERO: Tener como vinculados a los señores DANIEL FELIPE ATEHORTUA AGUDELO, HENRY OSWALDO ROSERO PAREDES, DARIO CASTELLANOS FORERO y ELKIN BAYONA HERNÁNDEZ.

CUARTO: ORDENAR al Director de la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESAP, o a quien haga sus veces para estos efectos, se proceda en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a publicar la presente sentencia en la página web de la entidad, dispuesta para el desarrollo del concurso de personeros 2020-2024.” – Negrilla del texto original- (fls. 22 y 23)

La sentencia fue confirmada por este Tribunal en providencia proferida el 19 de noviembre de 2019, en la que decidió:

1. **Modificar el numeral 1º de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, aclarada el 1 de octubre de esa misma calenda por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia el cual quedará así:**

“PRIMERO: TUTELAR con efecto “inter comunis” el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante señor LELIAN STAEL BRICEÑO AMEZQUITA, como de los demás inscritos al concurso de méritos para personeros municipales periodo 2020-2024, vulnerado por la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PÚBLICA ESAP, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia”

2. **Confirmar en todo lo demás la sentencia impugnada...”**

Sería del caso pronunciarse en grado de consulta. Sin embargo, revisado el expediente, se advierten vicios en el procedimiento que imponen anular lo actuado, con fundamento en las razones que pasan a exponerse.

➤ **Trámite del incidente de desacato.**

Para la imposición de sanciones por desacato de un fallo de tutela, es imperativo cumplir el procedimiento contemplado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, compuesto en suma, por las siguientes etapas⁴:

1. El requerimiento dirigido a la **autoridad responsable de la omisión** para que en el término máximo de 48 horas cumpla las órdenes impartidas en la sentencia de tutela.

⁴ En este sentido consúltese las Sentencias T-763 de 1998 con ponencia del MP. Alejandro Martínez Caballero y, T-053-05 con ponencia del M.P. Jaime Córdoba Triviño, proferidas por la Corte Constitucional.

2. Si persiste el incumplimiento, el juez competente deberá ordenar al **superior jerárquico de la autoridad que debe cumplir el fallo**, que lo requiera para que realice todas las actividades necesarias para superar el agravio dentro del término máximo de 48 horas y, además, para que abra proceso disciplinario contra él.

3. Si vencido el término de 48 horas **el superior jerárquico** no cumple la orden del juez según lo indicado en el numeral anterior, se le vinculará al incidente de desacato.

4. Una vez cumplido lo anterior, el juez deberá tomar las medidas necesarias para la solución a los derechos protegidos mediante sentencia de tutela.

Así pues, la autoridad responsable de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, debe cumplir dentro del menor tiempo posible la orden judicial emanada de la sentencia. De no ser así, el juez deberá dirigirse ante el superior del responsable y, requerirlo para que, de una parte, haga cumplir el fallo y, de otra, de inicio al correspondiente proceso disciplinario en contra de aquel, so pena de que si no procede en tal forma se abra también proceso en su contra⁵.

En todo caso, el juez constitucional, quien tendrá competencia para conocer del asunto hasta tanto esté completamente restablecido el derecho, podrá sancionar por desacato **al responsable de la orden y al superior**, hasta que cumplan la sentencia y quede restablecido el derecho o eliminadas las causas de amenaza.

➤ **Caso concreto:**

- **De la vinculación del superior jerárquico:**

Previo a la apertura del incidente se agotó el siguiente trámite:

- Mediante auto de **26 de noviembre de 2019** (fls.141 y 142) dispuso requerir a los señores Pedro Eugenio Medellín Torres en calidad de Director de la ESAP y superior jerárquico de José Vicente Casas Díaz en calidad de Sub Director Administrativo y Financiero ESAP y Camilo Sarmiento Garzón como Gerente de Concursos de la ESAP; para que

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Héctor J. Romero Díaz, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00264-00(AC)

allegaran informe en relación con el cumplimiento de la sentencia de tutela de 30 de septiembre de 2019.

Requerimientos enviados, tal como obran a folios 145 a 147 a los correos electrónicos notificaciones.judiciales@esap.gov.co y ventanillaunica@esap.gov.co

- A través del buzón electrónico notificaciones.judiciales@esap.gov.co (fl. 149) Camilo Tapias Perdigón, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESAP, allegó respuesta del citado requerimiento (fls. 150 a 157).

La orden judicial, como queda visto, fue dirigida al **Director de la ESAP o quien haga sus veces para estos efectos.**

El Decreto 2083 de 1994 “por medio del cual se adecua el estatuto básico de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones.” Preciso:

“Artículo 1o. Naturaleza. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, creada por la ley 19 de 1958, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y autonomía académica de conformidad con las normas que regulan el sector educativo en general y el servicio público de la educación superior en particular.”

Al declarar la exequibilidad de esta norma, en la Sentencia C-482 de 1995, precisó la Corte:

“...Por otra parte, no sobra recordar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. del Decreto-Ley 1050 de 1968, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 115 superior, los establecimientos públicos se encuentran adscritos -término empleado por el parágrafo del artículo 137 de la Ley 30 de 1992- a los ministerios o a los departamentos administrativos y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley, bajo el control y la orientación de éstos...” (Resaltado fuera de texto)

Sobre los conceptos vinculación y adscripción, y sus diferencias, se ha dicho lo siguiente: “Ahora bien, se ha entendido que los conceptos **adscripción** y **vinculación** hacen referencia al grado de autonomía de que gozan los entes descentralizados por servicios. La vinculación supone una mayor independencia respecto de los órganos del sector central de la Administración.” (Sentencia Corte Constitucional C-666 de 2000).

También precisó la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1437 de 2000, que: “Por tanto, la atribución de señalar la estructura de la administración nacional es privativa del legislador, y también lo es - por supuesto- la de establecer cómo está compuesto cada sector administrativo y la de indicar el grado de relación - vinculación o adscripción- existente entre cierta entidad o determinado organismo y el ministerio o departamento administrativo que encabeza el sector correspondiente.”

La estructura de la administración pública, contenida en la Ley 489 de 1998, en el parágrafo del artículo 50, a su vez, determinó el grado de control de las entidades descentralizadas en los siguientes términos:

*“Parágrafo. - Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán **adscritos** a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.” (Se destaca).*

Como se advierte, la Ley 489 de 1998, determinó **el grado de control de tutela no jerárquico** al que se encuentran sometidas las entidades descentralizadas, razón por la que, respecto de los establecimientos públicos, dispuso que lo estarían bajo la modalidad de adscripción.

Por consiguiente, el control de autotutela en Colombia con independencia de la clasificación y diferenciación entre adscripción y vinculación, puede ser catalogado **como fuerte o estricto, comoquiera que, sin generar una dependencia jerárquica, sí somete a las entidades descentralizadas a los parámetros y directrices fijadas por el nivel central** de la Rama Ejecutiva del poder público.

En sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, expediente con Radicación No. 73001-23-31-000-2001-01509-01 (25.909) proferida el 10 de septiembre de 2014, Demandante: Luz Mary Cruz de Saldaña y otros, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales y otro, precisó: “...Esta fuerte dependencia en el entramado administrativo que opera en la Rama Ejecutiva, lleva a que, en ocasiones, en aras del cumplimiento del interés público, y la garantía efectiva de los derechos de los asociados, sea necesaria la aplicación de principios generales del derecho (...) En particular, el principio según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho. Así las cosas, el juez debe sortear con erudición la eventual e injustificada subordinación que podría producirse contra la responsabilidad del Estado y contra el Estado Social de Derecho (...)”

Como quedó explicitado al indicar el trámite del incidente, al mismo debe vincularse al superior jerárquico a efecto de ordenarle que requiera al incumplido las actividades necesarias para lograr el cumplimiento de la sentencia, si es del caso abra o remita al competente solicitud de apertura de proceso disciplinario e, incluso, vincularlo al incidente.

En el auto proferido el 29 de noviembre de 2019 (fls. 141 y s.s.) precisó el a-quo lo siguiente:

“... con el fin de surtir el trámite previsto en el artículo 27 del decreto 2591/91, a efectos de evitar nulidades en el trámite incidental, el despacho dispone requerir al superior de quien deba cumplir la orden, para el efecto se requerirá al señor **PEDRO EUGENIO MEDELLÍN TORRES** (...) **Director de la ESAP**, y como superior de...” (fl. 142)

En este trámite incidental, como la orden judicial fue dada al Director de la ESAP, no podía requerírsele como superior a él mismo y, a su vez, requerirlo como superior del Subdirector Administrativo y Financiero y el Gerente de Concursos de la entidad.

Y es que a este Despacho no cabe duda, se reitera, la orden fue dada al Director y, si bien se agregó “o a quien haga sus veces para estos efectos” para llamar como incidentados a otros servidores públicos, sería necesario que se hubiera acreditado en el expediente que el Director delegó⁶ tal deber, como pareció inferirlo el a-quo en el auto ahora examinado, de cuya lectura no resulta posible establecer razón alguna para ello, como tampoco de la revisión del plenario. Téngase en cuenta que la

⁶ Ley 489 de 1998 ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, **podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.** (...)

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.”

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

delegación exige requisitos específicos que en el expediente no se encuentran acreditadas⁷.

Así las cosas, aunque, como ya se explicó, no puede predicarse un superior jerárquico del Director de la ESAP, en sentido estricto, es innegable que, dada la adscripción de la entidad al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Director de este Departamento corresponde el **control y la orientación** del establecimiento público accionado a quien fue dirigida la orden judicial, según la estructura de la administración. Atiéndase que, como lo dispone el artículo 209 constitucional “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”⁸ Por ello prevé la Ley 489 de 1998:

“ARTICULO 41. ORIENTACION Y CONTROL. La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo.

En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente.

“ARTÍCULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades

⁷ *ARTICULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.*

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

⁸ *En desarrollo de este principio, el artículo 6o de la Ley 489 de 1989 prevé:*

ARTICULO 6o. PRINCIPIO DE COORDINACION. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (...)” (Resaltado fuera de texto).

Así concluye el Despacho que, si bien el incidentado es el representante legal de la Escuela Superior de Administración Pública y por ello carece de superior jerárquico, no lo es menos que la entidad se encuentra adscrita al Departamento Administrativo de la Función Pública, en consecuencia, tal como lo dispone la Ley 489 de 1998, el superior, para este caso, no puede ser otro que **el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, frente a quien debió agotarse el trámite previo ya descrito a efecto de que requiera al Director de la ESAP el cumplimiento de la sentencia.**

Agregaré el Despacho que, al requerirse el cumplimiento de la orden de tutela, tanto al incumplido como al superior del mismo, no puede dejarse ello en indefinición, como en este caso lo hizo el a-quo al dirigirse “al superior de quien deba cumplir la orden” pues, como bien lo ha referenciado la jurisprudencia, al iniciarse el trámite por desacato a la sentencia de tutela, el funcionario debe estar **precisamente identificado**, como debe estarlo al dar la orden de tutela pues, se recuerda, para efecto del desacato la responsabilidad **es personal y no institucional**, en esas condiciones es él, únicamente, quien presuntamente ha incumplido a menos que, como se dijo, de forma clara y expresa, haya delegado para ello a otro funcionario dentro de la entidad el cumplimiento de la orden judicial.

En este caso la orden de tutela fue dada al Director de la ESAP, sólo a él podía requerirse el cumplimiento porque éste funcionario no informó al Despacho, que hubiese delegado tal deber en otros servidores públicos de la entidad, atendiendo la afinidad funcional necesaria para acatar la sentencia.

Ahora, no pasa por alto este Despacho que: i) Según se lee en el auto de 10 de diciembre de 2019, frente a la solicitud probatoria presentada por el apoderado de la ESAP para atender el requerimiento de cumplimiento, el a-quo consideró que ello era innecesario, entre otros, respecto del Gerente de Concursos Subgerente Administrativo Camilo Sarmiento Garzón pues, dijo, ya había sido escuchado en audiencia de verificación (fl. 189); ii) Tampoco, que en el auto proferido el 16 de enero de 2020 mediante el cual se impuso la sanción se precisó que “...de manera tácita la

*ESAP a través de los funcionarios encargados del concurso, en cabeza de su **Director el señor PEDRO EUGENIO MEDELLÍN**, quien además de ser el representante legal de la entidad, como superior jerárquico no efectuó ningún requerimiento a los funcionarios encargados de cumplir la orden, y de los señores **JOSE VICENTE CASAS DÍAZ** en su calidad de Sub Director Administrativo y Financiero ESAP (quien se ha encargado de emitir actos administrativos al interior del concurso)...” (fl. 324 vto.) (Subrayado fuera de texto)*

Al respecto, se dirá que, en puridad de verdad, ni al Gerente de Concursos Subgerente Administrativo Camilo Sarmiento Garzón, ni a José Vicente Casas Díaz en su calidad de Sub Director Administrativo y Financiero ESAP, se dio orden alguna en la sentencia y que, aunque el primero asista a una audiencia y el segundo expida el acto de cumplimiento del fallo (fls. 28 y 29), ello no modifica la orden judicial.

Por supuesto, si en el marco de las diligencias de verificación de cumplimiento, el juzgador concluye que para ello participan otros o distintos funcionarios que aquellos a quien o quienes se dio la orden, puede, en uso de las facultades excepcionales con las que cuenta el juez para lograr la materialización de la orden dada en vía de tutela⁹ ajustar tal aspecto accidental, pero ello no ocurrió mediante ninguna

⁹ Corte Constitucional en la sentencia T-226 de 2016 “La jurisprudencia constitucional ha reconocido, así, el amplio margen de acción que el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato les conceden a los jueces, tanto para materializar las órdenes de protección impartidas en la decisión de amparo como para garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el trámite incidental. El alcance de los poderes con que cuentan en esa materia ha sido delimitado atendiendo a la especial responsabilidad que los vincula con la satisfacción de ambos propósitos. En ejercicio de esos poderes, la autoridad judicial puede valerse de las herramientas que ya se han mencionado en esta providencia. Para efectos expositivos, se clasificarán en dos grupos. Del primero harían parte todas aquellas medidas que propenden por el cumplimiento del fallo en su sentido original y, del segundo, las que suponen una alteración de aspectos accidentales de la sentencia.

(...)

43. El remedio constitucional previsto para concretar el amparo sí puede, en contraste, alterarse en circunstancias excepcionales. El juez puede ajustar la orden original o dictar órdenes adicionales que contribuyan a materializar la protección concedida, si lo hace bajo unos parámetros estrictos, que la jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera:

“(1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque: a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

(4) La nueva orden que se profiera debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”⁹

Los ajustes de los que puedan ser objeto las órdenes de amparo impartidas en un fallo de tutela estimatorio deben propender, entonces, por la satisfacción del propósito intrínseco al deber que les incumbe a los jueces de tutela respecto del cumplimiento de sus decisiones: la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales. (Subrayado fuera de texto).

5/11

providencia. Así las cosas, continuaba el Director de la ESAP siendo el único funcionario obligado al cumplimiento, sin perjuicio de quien, al interior de la entidad, tenga a su cargo los concursos o la facultad para expedir actos administrativos sobre el tema.

Lo anterior implica una vulneración del debido proceso y, por consecuencia, nulidad de lo actuado a partir del auto proferido el 26 de noviembre de 2019, mediante el cual se formuló el requerimiento previo.

- **De la notificación del trámite incidental**

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso, y establece que se debe garantizar a toda persona la facultad de presentar pruebas y de controvertir aquellas que se alleguen en su contra.

De esta disposición, se deriva que una de las principales garantías del debido proceso es **el derecho de defensa y contradicción**, entendido como “la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables”¹⁰; el cual, en la medida en que constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, resulta de obligatoria aplicación. Es así, que dicha garantía constitucional se predica de toda clase de procesos judiciales y administrativos, y su goce efectivo se encuentra supeditado a la debida integración del contradictorio.

Específicamente, en materia de desacato tutela, la integración del contradictorio en debida forma **asegura que la autoridad judicial despliegue toda su atención para determinar las razones del posible incumplimiento de la sentencia y adopte su decisión convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la materización de la orden dada.** Esto, a objeto de atender las razones de orden subjetivo y objetivo que se hayan presentado; en este sentido precisó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-034 de 2018¹¹ que:

“...en el proceso de verificación que adelanta el juez del desacato, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-617 de 1996, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Criterio reiterado en Sentencia C-401 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹¹ M.P. Alberto Rojas Ríos

excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo¹².

En este contexto cobra vertebral importancia un juicio adecuado en torno a la responsabilidad subjetiva en cabeza del destinatario de la orden de tutela, pues no basta con constatar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso para dar por supuesta una actitud indolente por parte del mismo¹³. Es por esto que se ha sostenido que “al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador”¹⁴... (Resaltado fuera de texto)

En la misma sentencia SU 034 de 2018, precisó la Corte lo siguiente:

*“(...) En la misma línea, es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato **exige una plena observancia del debido proceso**, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “[s]i el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva”, al paso que “[s]i el auto que decide el desacato absuelve al inculcado, se puede incurrir en vía de hecho si la absolución es groseramente ilegal.”¹⁵*

La garantía del debido proceso en el marco del trámite incidental del desacato, ha sido caracterizada por vía jurisprudencial en los siguientes términos:

“[N]o puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental, lo cual presume que el juez, **sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2)**

¹² Sentencias T-368 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

¹³ Tal ha sido la línea definida por la Corte de tiempo atrás: “Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.” Sentencia T-763 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

¹⁴ Sentencia T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁵ Sentencia T-458 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

*practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) **notificar la decisión**; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior.”¹⁶ ... ¹⁷ (Resaltado fuera de texto)*

En relación con la forma en que debe practicarse la notificación dentro del trámite del incidente de desacato, el Consejo de Estado en auto de 4 de mayo de 2017, al resolver una consulta por desacato a fallo de tutela, explicó:

“De otro lado, un argumento que refuerza la posición antes expuesta y que permite evidenciar las graves inconsistencias en que se incurrió tanto el auto de apertura como en el sancionatorio, es que el incidente de desacato se dirige contra el funcionario público encargado de dar cumplimiento a la medida tutelar, y en consecuencia, no contra la entidad persona jurídica de derecho público que acudió como accionada en la acción de tutela. Por esta última razón, no son permisibles fórmulas como “córrese traslado a la entidad” o sancionar “a quien haga sus veces”, pues previo a la apertura e imposición de sanción alguna, el funcionario judicial ya debe contar con elementos de juicio suficientes para establecer en contra de que funcionario(s) dirigirá sus facultades disciplinarias como juez constitucional de amparo.

Estrechamente vinculado con lo anterior, se tiene que el funcionario previamente identificado e individualizado, debe ser notificado personalmente, tanto del auto de apertura como de aquel que le impone la correspondiente sanción, pues de esta manera, ese derecho al debido proceso se efectiviza a efectos de garantizar la participación del incidentado en defensa de sus intereses.

En el caso que avoca el conocimiento de la Sala, se observa que las decisiones fueron notificadas a correos electrónicos institucionales, sin que observe que, así fuere razonablemente, ello hubiere permitido el conocimiento directo del implicado sobre la decisión que correspondiere, en especial, de aquella que da apertura al trámite incidental, con las consecuencias directas que ello tiene respecto del derecho de defensa y de contradicción.”¹⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Más aún, la citada Corporación¹⁹, tratándose del trámite de incidentes de desacato, respecto de la notificación de providencias ha considerado lo siguiente:

“(…) Lo primero que hay que tener presente, es que si bien, el artículo 16 del Decreto No. 2591 de 1991al regular las notificaciones de las providencias que se dicen en el trámite constitucional se harán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere expedito y eficaz, en plena era digital en la

¹⁶ Sentencia T-459 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

¹⁷ Ibidem. 5

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate. Auto de 4 de mayo del 2017. Radicación número: 05001-23-33-000-2017-00294-01. Actor: Arley Gustavo Tipaz Coral. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001031500020170333001 Actor: STEFANNYA ZORRILLO AGREDO Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

vivimos en la actualidad y con la rapidez de la evolución de las tecnologías digitales y de la información la manera más ágil que hay para lograr una notificación es el correo electrónico, pero para realizar esta hay que tener ciertas precauciones dependiendo si se está en el trámite de la acción de tutela o del incidente de desacato.

En segundo lugar, dentro de los procesos de tutela que adelantan los Jueces de la República, es perfectamente válida la notificación por correo electrónico que se hace a través de los correos generales de las entidades (mail de notificaciones judiciales) o, como en el presente, al indicado en el certificado de existencia y representación legal de las personas jurídicas que expidan las Cámaras de Comercio, pero lo mismo no se puede predicar dentro del trámite de incidente de desacato, pues frente a este punto, de forma reiterada esta Sección del Consejo de Estado ha explicado que para que la notificación por correo electrónico tenga validez dentro de dicha actuación, aquella se debe hacer al correo electrónico personal institucional, privado o de forma presencial del servidor público o particular a quien se le adelanta tal juicio de responsabilidad objetivo, esto es, la verificación material del cumplimiento del mandato dado por el juez y el subjetivo, frente al presunto incumplimiento de una orden constitucional, lo que se asimila al caso de marras, al correo personal empresarial” (...).

Se observa en el plenario lo siguiente:

- En auto de **2 de diciembre de 2019** (fls. 166 a 168), el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, abrió incidente de desacato contra el Pedro Eugenio Medellín Torres, Director de la ESAP, José Vicente Casas Díaz, Sub Director Administrativo y Financiero de la ESAP y Camilo Sarmiento Garzón, Director de Concursos de la ESAP.

La apertura del desacato fue notificado a los correos electrónicos notificaciones.judiciales@esap.gov.co y ventanillaunica@esap.gov.co (fls. 172 a 177).

- A través del buzón electrónico notificaciones.judiciales@esap.gov.co (fl. 180) Camilo Tapias Perdigón, aduciendo la calidad de “Jefe de la Oficina Asesora Jurídica” de la ESAP “...y conocido en autos para el efecto y estando dentro del término otorgado...”, allegó respuesta en relación con el auto de apertura del incidente de desacato y solicitó decreto probatorio²⁰.
- En auto de **10 de diciembre de 2019** (fls. 189 a 190) el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, negó las solicitudes presentadas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESAP, a su vez, dispuso incorporar el expediente de tutela No. 2019-00286

²⁰ Visto a folios 182 a 187 del expediente.

adelantada en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja y tener como incidentantes a Fernando Rivera Acuña, Yina Yineth Quito Roberto, Martha Yaneth Rodríguez Melo y Darío Castellanos Forero; así como, poner en conocimiento a los incidentados el expediente incorporado.

Providencia que fue notificada a los correos electrónicos notificaciones.judiciales@esap.gov.co; ventanillaunica@esap.gov.co y otros. (fls.191 y 192).

- Por auto proferido el **16 de enero de 2020** (fls. 321 a 328), el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, declaró que al **señor Pedro Eugenio Medellín Torres**, como **Director de la ESAP y superior jerárquico**, así como a los señores **José Vicente Casas Díaz** en su calidad de **Sud Director Administrativo y Financiero de la ESAP** y el señor **Camilo Sarmiento Garzón** en su calidad de **Director de Concursos de la ESAP**, incurrieron en desacato de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela de 30 de septiembre de 2019, con sanción de tres (3) días de arresto y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Providencia notificada a los correos electrónicos notificaciones.judiciales@esap.gov.co y ventanillaunica@esap.gov.co (fl.329 a 339).

Examinado el trámite de la consulta, observa el Despacho que, la diligencia de notificación de los autos de apertura y de decisión del incidente de desacato, no se practicaron en debida forma a los incidentados.

Obsérvese que, el auto de **2 de diciembre de 2019** (fls.166 y ss), mediante el cual se abrió incidente por desacato contra Pedro Eugenio Medellín Torres, José Vicente Casas Díaz y Camilo Sarmiento Garzón, fue notificado a los **correos electrónicos institucionales** notificaciones.judiciales@esap.gov.co y ventanillaunica@esap.gov.co y, no de manera personal a los incidentados o siquiera al correo electrónico personal institucional o privado.

Ahora, no pasa por alto el Despacho que, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ESAP se pronunció frente al auto de requerimiento de cumplimiento del incidente, pero **no** adujo representar a los incidentados, sino a **la entidad**, aunque informó los correos electrónicos de los incidentados, así:

“Finalmente, de acuerdo con lo solicitado por el despacho respecto a los datos de contacto de los funcionarios requeridos, me permito indicarle que el correo electrónico del doctor José Vicente Casas Díaz es josev.casas@espap.edu.co y del doctor Camilo Sarmiento Garzón es camilo.sarmiento@esap.edu.co.” (fl. 157)

Sin embargo, el Despacho pasó por alto esta información y se atuvo al informe secretarial que obra a folio 169 y que precisó:

*“ La suscrita Secretaria del Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, deja constancia que en fecha veintiséis (26) de Noviembre de dos mil diecinueve (2019), me comuniqué con el teléfono fijo de la ESAP, a efectos de indagar por los correos personales de los señores **PEDRO EUGENIO MEDELLIN TORRES**, identificado con C.C. N° 19.337.863 como Director de la ESAP y superior jerárquico, así como también en contra de los señores **JOSE VICENTE CASA DIAZ**, identificado con al C.C. N° 19.400.342 en su calidad de Sub Director Administrativo y Financiero de la ESAP y el señor **CAMILO SARMIENTO GARZÓN** identificado con C.C. N° 79.316.889 en su calidad de Director de Concursos de la ESAP y fui comunicada con la Señora Martha Barbosa, quien se identificó como Secretaria de la Dirección General de la ESAP, e informó que todo lo referente a notificaciones judiciales, para los mencionados funcionarios de la ESAP, inclusive de acciones constitucionales, deben direccionarse al correo dispuesto para tal fin. Notificaciones.judiciales@esap.gov.co, y brindó una extensión para corroborar 4641.” - Negrilla del texto original-*

En la Sentencia T-686 de 2007, la Corte Constitucional, precisó que “...Los actos de comunicación procesal a los que se refiere el Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura No. PSAA06-3334 de 2006 son los actos a través de los cuales se realizan notificaciones por correo electrónico o se da a conocer el contenido íntegro de providencias judiciales...”; igualmente, llamó la atención para señalar que, en materia de publicidad la comunicación de las providencia “...asegura el conocimiento de las decisiones judiciales por las partes interesadas a través de los mecanismos de notificación” sin que sean “...en su desarrollo actual, instrumentos destinados a suplir los mecanismos de notificación previstos en la ley para asegurar el conocimiento de las decisiones judiciales por parte de los interesados, a fin de que puedan ejercer frente a ellas su derecho de defensa. Naturalmente, las partes dentro de un proceso pueden - en igualdad de condiciones, dado que todas ellas tienen acceso a estos sistemas - valerse de ellos para seguir el curso de los procesos, pero sin que ello reemplace los actos de notificación de las providencias, dotados de mayores exigencias en atención a la finalidad que cumplen...” (Resaltado fuera de texto)

Entonces, lo primero que se observa es que el auto que abrió el incidente ordenó en su numeral 2º que el mismo fuera **notificado personalmente** (fl. 168) en esa medida no podía la Secretaría modificar la determinación pues de esa forma dejaba de cumplir íntegramente la orden dada. Pero, adicionalmente, si en uso de los medios

514

tecnológicos se acudía al correo electrónico, atendiendo a la celeridad que impone el trámite del desacato en acción de tutela, éste, como se ha precisado jurisprudencialmente, no podía ser el institucional, sino **el personal institucional** o el privado y, al respecto, se encuentra que la ESAP en su página web cuenta con un link de directorio telefónico en el que se pueden consultar los **correos electrónicos institucionales personales** (<https://www.esap.edu.co/portal/index.php/transparencia-2/directorio-telefonico-esap/>). En referencia al Director Pedro Eugenio Medellín Torres se lee “*pedro.medellin@esap.edu.co*”

Si bien, lo informes secretariales orientan la labor del juez y el elaborado por la secretaría detalla la gestión secretarial realizada, no podía el juez omitir que la notificación no había sido personal, como lo ordenó el auto y, tampoco, en desarrollo de los lineamientos jurisprudenciales, se hubiera enviado correo al personal institucional o al privado de los incidentados, sino, como ocurrió, al buzón de correo destinado por la entidad para notificaciones judiciales.

Se dirá que, aunque la Secretaria de la Dirección General de la ESAP así lo hubiera manifestado, el juez está atado a la ley y la jurisprudencia, como fuente de derecho, y no al criterio de una servidora pública, quizá ajena a asuntos, tan delicados, como el derecho de defensa y contradicción. Esa información, dada por un tercero ajeno al incidente, no avanza a que puedan omitirse los lineamientos jurisprudenciales relativos a la forma como debe notificarse las decisiones en un trámite como el presente y tampoco que, a pesar de ella, debe dejarse de lado el derecho de defensa y contradicción, atendiendo al aspecto subjetivo del incidente, pues, es sabido, ello puede comprometer la responsabilidad personal del incidentado tanto disciplinaria como económica e incluso penal.

En tal virtud, es claro que no existe certeza sobre el conocimiento que de la apertura del incidente tuvieron los incidentados, ni siquiera por conducta concluyente pues, si bien acudió procesalmente el asesor jurídico lo hizo en representación de la entidad, lo cual no obsta para señalar que, en un ejercicio leal con la administración de justicia, era lo esperado que el apoderado de la ESAP informara a su Director y a los demás servidores incidentados de tal providencia, mucho más cuando, luego de impuesta la sanción acudió a solicitar la nulidad a partir del auto que decidió abrir el incidente por indebida notificación(fl. 389 y s.s.). A pesar de lo anterior, tal conducta del apoderado, aunque a juicio de este despacho pueda calificarse como reprochable, no resulta suficiente para dar por saneada la nulidad advertida.

En vista de lo anterior, como se anticipó, es procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto proferido el 26 de noviembre de 2019 inclusive. Esto, en aras a requerir al Director de la ESAP Pedro Eugenio Medellín Torres para que en el término máximo de 48 horas cumpla las órdenes impartidas en la sentencia de tutela; si persiste el incumplimiento, requerir al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública para que realice todas las actividades necesarias para cumplir la sentencia y abra proceso disciplinario contra el Director de la ESAP y, si es del caso, se continúen las demás diligencias procesales propias de este trámite.

No sobra señalar que el Juzgado puede **adoptar las medidas accidentales** que resulten razonables y proporcionadas para lograr la materialización de las garantías constitucionales protegidas en la sentencia de tutela, la intervención y participación de los diferentes actores en el trámite incidental solicitado, con las modificaciones que puedan involucrar nuevas órdenes o la modificación de las emitidas en la sentencia de tutela, u ordenar **el cumplimiento de la sentencia en quienes considere adecuados, siempre en busca de la efectividad, celeridad y materialización de los derechos fundamentales protegidos.**

Por último, observa el Despacho que el 20 de enero de 2020 el asesor jurídico de la ESAP presentó escrito (fls. 389 y s.s.) solicitando la nulidad del incidente, en esencia, por considerar la falta de notificación a los incidentados.

Al respecto, se señalará que, cuando se trata de falta de notificación, es claro el artículo 135 del CGP en su inciso 3º al señalar que la indebida notificación **solo puede ser alegada por la persona afectada.** Como, visto el memorial y la documental aportada, es claro que el abogado Camilo Tapias Perdigón, no aporta poder para actuar en nombre de los acá incidentados, la solicitud debe ser rechazada de plano al tenor de lo dispuesto en el inciso 4º de la misma norma, en tanto es clara la falta de legitimación del solicitante.

Por lo expuesto, se **resuelve:**

Primero. Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto proferido el 26 de noviembre de 2019 -inclusive-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. La prueba recaudada conserva su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Segundo. Ordenar al Juez Catorce Administrativo del Circuito Judicial Tunja, que proceda a adelantar el procedimiento que prevé el artículo 27 del D.L. 2591 de 1991

en los términos indicados en esta providencia y las notificaciones guarden los lineamientos acá expuestos.

Tercero. Rechazar de plano la nulidad solicitada por abogado Camilo Tapias Perdigón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada