Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (9) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-010-2018-00089-01
Demandante	MARISOL BARRIOS BARRIOS
Demandado	OSCAR MARIN VILLALBA - SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR.
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	REVOCAR SANCIÓN

Procede la Sala a resolver, en el Grado jurisdiccional de Consulta, el trámite incidental de Desacato promovido por MARISOL BARRIOS BARRIOS, dentro del cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, declaró en desacato y sancionó al Sr. OSCAR MARIN VILLALBA, en calidad de SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR. En razón del fallo de tutela de fecha 17 de mayo de 2018, con multa equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes y tres (03) día de arresto.

II.- ANTECEDENTES

La señora MARISOL BARRIOS BARRIOS, instauró acción de tutela contra LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUPREVISORA S.A., invocando la protección de su derecho fundamental de petición. En el fallo de fecha diecisiete (17) de mayo de 2018, el A quo decidió **TUTELAR** el derecho fundamental de Petición, de la señora MARISOL BARRIOS BARRIOS fallando lo siguiente:

> *''**PRIMERO: CONCEDER** el amparo Constitucional al Derecho Fundamental de **PETICIÓN** invocado por la señora **MARISOL BARRIOS BARRIOS,** a través de apoderado judicial, dentro de la presente acción de tutela instaurada contra la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR Y FIDUPREVISORA S.A.**, en su calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.***
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR** y a **FIDUPREVISORA S.A.**, en su calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** que si aún no lo han*

hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, resuelvan de fondo la solicitud de fecha 5 de abril de 2018 presentada por la Señora ***MARISOL BARRIOS BARRIOS.***

Seguidamente, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena profirió auto de fecha 12 de junio de 2018 (F.9), en el cual abrió incidente de desacato contra el Señor OSCAR ALFONSO MARÍN VILLALBA, en su calidad de Secretario de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar y el Sr. WILLIAM EMILIO MARIÑO ARIZA, como administrador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debido al presunto incumplimiento del fallo del 17 de mayo de 2018, dándoles traslado por el termino de tres (03) días para que ejercieran su derecho de defensa y presentaran un informe sobre los hechos materia del incidente.

Finalmente en auto de 26 de junio de 2018 (F.57), la Juez Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró en desacato y sancionó al señor OSCAR ALFONSO MARIN VILLALBA en su calidad de Secretario de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, con tres (3) días de arresto y multa de cinco (5) S.M.L.M.V, por incurrir en desacato al fallo de tutela dictado por el Juzgado el 17 de mayo de 2017: y requirió al Dr. DUMEK TURBAY PAZ, GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, en calidad de superior jerárquico del Dr. OSCAR ALFONSO MARIN VILLALBA, para que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas cumpla el fallo proferido el 17 de mayo de 2018, so pena de ser sancionados conforme la ley.

Conforme a lo anterior, en memorial presentado por la Dirección de Defensa Judicial de la Gobernación de Bolívar, la apoderada manifestó que existe un procedimiento establecido en la Ley 962 de 2005 en su artículo 56, que establece la responsabilidad de las secretarías de Educación para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes oficiales; quedando claro que el Gobernador de Bolívar a pesar de ser el superior jerárquico del Secretario de Educación del Departamento de Bolívar, no puede ejercer esa potestad sobre este funcionario, porque las funciones inherentes al caso en discusión provienen de la delegación del Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto Citado.

1. Competencia

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que a su tenor dispone:

"***Artículo 52. DESACATO***

(...)

La sanción será impuesta por el mismo Juez, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si debe revocarse la sanción."

Así las cosas, y siendo esta Corporación el superior jerárquico del Juzgado Décimo Tercero del Circuito de Cartagena, queda resuelto el tema de la competencia, y procederá esta Sala de Decisión a realizar el estudio de fondo.

1.1 Generalidades del Incidente de Desacato y de la Consulta del Incidente de Desacato

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, regulador del trámite de la acción de tutela, contempla que "*la persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes sí debe revocarse la sanción". (Subrayas y Negrillas fuera del texto original).

Dicho trámite debe estar rodeado por todas las garantías necesarias para la debida defensa y contradicción para ambas partes, pero en especial, para las autoridades que presuntamente han incumplido el fallo de tutela al momento de admitir el incidente de desacato.

Así, la Honorable Corte Constitucional ha establecido, en la sentencia T-459/03, que "*no puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el*

trámite incidental[1]*, 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; así mismo, debe (2) 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.*"

En razón de lo anterior, el campo de acción del Juez de Consulta está sujeto a dos aspectos esenciales, pues primero deberá verificarse si existió un verdadero incumplimiento por parte de la autoridad accionada y, luego, deberá establecerse si la sanción impuesta por el Juez de Instancia resulta pertinente y adecuada; además deberá analizar si la decisión proferida por el operador judicial no resulta violatoria de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y demás normas concordantes, como del debido proceso y el derecho de defensa.

Acerca de la figura jurídica de la consulta del incidente de desacato, la Corte ha determinado que, "*la consulta, (...) es una institución que en muchos casos tiene por objeto garantizar los derechos de las personas involucradas en un proceso. El artículo 31 de la Constitución la prevé como una de las manifestaciones de la doble instancia, y por tanto puede decirse que ésta establece un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa*[2]". Ahora bien, la declaración de nulidad en la consulta, tiene lugar cuando se ha visto afectado el debido proceso del disciplinado, impidiéndosele que haga valer su derecho a la defensa, haciendo uso de los medios procesales que permitan desvirtuar la tesis de responsabilidad subjetiva, a él atribuida.

El papel del Juez de Consulta está entonces limitado a determinar que la declaración de desacato, se haya hecho conforme a los principios preponderantes en el orden jurídico vigente, como son el debido proceso, el principio de legalidad, el derecho a la defensa y a la contradicción.

Las acciones que debe adelantar el Juez de consulta a la luz de los principios antes nombrados, van encaminadas a establecer de forma fehaciente si existió o no, responsabilidad por parte del funcionario disciplinado. No

[1] Consejo De Estado, Sala de Consulta y del Servicio civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007, Concejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. N° 1863.
[2] Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

obstante, se debe aclarar que la responsabilidad que se le atribuye al disciplinado es de tipo subjetivo. Al respecto ha dicho la Corte que, *"el desacato es una figura accesoria de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela*[3]".

Estos requisitos, los debe establecer el Juez de Consulta, así, como es menester que, determine la proporcionalidad entre el grado de responsabilidad subjetiva y la sanción impuesta, puesto que la sanción que señala el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, está llamada a afectar la libertad personal del sancionado, su derecho a la libre locomoción, y su patrimonio económico, sin embargo se debe apuntar que la naturaleza de la *"sanción de multa y arresto tiene por objetivo lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de Los derechos fundamentales reclamados por el demandante, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser interpuestas".*

III- CASO CONCRETO

En este punto es necesario precisar que el incidente de desacato se dirigió contra el funcionario público encargado de dar cumplimiento a las medidas, este es, el señor OSCAR MARIN VILLALBA, en su calidad de SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, a quien se declaró en desacato y se le impuso multa equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales, y arresto de tres (3) días; no obstante, el Sr. OSCAR MARIN VILLALBA al momento de surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta no ostenta el cargo de SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, ya que consultada la página web www.sedbolivar.gov.co se pudo constatar que el actual Secretario de Educación del Departamento de Bolívar es el Sr. Robinson Casarubia Cardona.

El Consejo de Estado en casos similares como lo es el auto del 28 de julio de 2016[4], se pronunció sobre la posición de sancionar a una persona que ya no desempeñaba el cargo como destinatario de la orden de amparo, por lo que, consideró que, si el incidente de desacato tiene un carácter persuasivo y, su finalidad no es la imposición de una sanción en sí misma, sino perseguir el cumplimiento de la orden, no resultaría congruente sancionar a quienes ya no representan la persona jurídica destinataria de la orden judicial, ya que no tienen la posibilidad real y cierta de efectuar todas las actuaciones tendientes

[3] Ibíd.
[4] Expediente nro. 2015-02098-01. Consejera ponente María Elizabeth García González.

a efectivizar la orden de amparo y, en consecuencia, no se cumpliría con la finalidad del incidente.

En efecto, el Consejo de Estado en ese momento, consideró:

> *"[...] en recientes pronunciamientos, esta Sección optaba por sancionar al funcionario que había sido notificado de la orden de amparo y respecto del cual se inició el correspondiente trámite incidental de desacato en la medida en que se demostrara su incumplimiento injustificado; así éste, al momento de que se dictara el auto que resolviera el incidente y por ende la consulta, ya no representara la persona jurídica a la que le impartieron la orden de amparo. Lo anterior, en consideración a que la responsabilidad es subjetiva y no institucional.*
>
> *Asimismo, en algunos casos, en atención al* ***reciente*** *cambio de funcionario y debido a que éste no había sido vinculado al trámite incidental, se optó por exhortarlo con el fin de que diera cumplimiento al fallo de tutela.*
>
> *La anterior posición se puede consultar en los proveídos de 10 y 17 de marzo[5] y 21 de abril de 2016[6].*
> *Ahora bien, se advierte que esta Sala frente a la finalidad del incidente de desacato, en fallo de 24 de septiembre de 2015[7], retomó el criterio jurisprudencial que había sido abandonado a partir del auto de 11 de julio de 2013[8], en el sentido de considerar que el incidente de desacato tiene un carácter persuasivo y, por tanto, es considerado como una de las herramientas más efectivas que el ordenamiento jurídico contempla para obtener el cumplimiento de las órdenes judiciales. En consecuencia, en el evento en que se verifique el cumplimiento del fallo de tutela, sin importar en la instancia en que se encuentre el incidente, o incluso posterior al mismo, resulta viable modificar y/o revocar la sanción por desacato impuesta.*
>
> *En dicha oportunidad, se consideró lo siguiente:*
>
> *"Todo lo anterior pone de presente que, en cuanto a las Altas Cortes de la Rama Judicial Colombiana se refiere, es criterio generalizado el* ***indiscutible carácter persuasivo del incidente de desacato****, como una de las herramientas efectivas que el ordenamiento jurídico establece para obtener el amparo otorgado a los derechos fundamentales, mediante sentencia de tutela, lo cual permite modificar y/o revocar sanciones por desacato cuando se verifica el cumplimiento de la orden tutelar; criterio éste, que no puede desconocerse con hipótesis como la planteada en el auto de 11 de julio de 2013, cuyas consideraciones se abandonan a través de la presente rectificación Jurisprudencial."*
>
> *Siendo ello así, comoquiera que la finalidad del desacato no es la imposición de una sanción en sí misma, sino perseguir el cumplimiento de una orden judicial, no resultaría congruente con la posición expuesta sancionar a quienes ya no representan la persona jurídica destinataria de la orden judicial al momento de iniciarse y/o decidirse el incidente de desacato, pues, debido a su separación del cargo, ya no tienen la posibilidad real y cierta de efectuar todas las actuaciones tendientes a efectivizar la orden de amparo. Ello es así, por cuanto la imposición*

---

[5] Expediente nro. 2015-00540-01. Consejera ponente, María Elizabeth García González y Expediente nro. 2015-00648-02. Consejero ponente, Guillermo Vargas Ayala.
[6] Expediente nro. 2014-03570-03. Consejera ponente, María Elizabeth García González.
[7] Expediente nro. AC2015-00542-01. Consejera ponente, María Elizabeth García González.
[8] Expediente nro. 2012-00364. Consejero ponente, Guillermo Vargas Ayala.

de la multa al exfuncionario no tendría el efecto de persuadirlo y, por ende, no se lograría la finalidad del desacato, que es ***el cumplimiento de la sentencia judicial.***

Es por las consideraciones expuestas, que en esta oportunidad la Sala rectifica su posición de sancionar a las personas que al momento de iniciar y/o decidirse el incidente de desacato de una sentencia judicial ya no representan la persona jurídica destinataria de ésta, para considerar que éstos no son pasibles de la amonestación pecuniaria o de arresto, toda vez que no está a su alcance el cumplimiento de la orden judicial y, por ende, cualquier sanción que se les impusiera no tendría el efecto esperado que es lograr el amparo de los derechos vulnerados. Claro está que ello no es óbice para compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación a fin de que establezca si hay lugar o no a una sanción disciplinaria; y así lo dispondrá la Sala en casos como el sub examine.

En virtud de lo precedente, estima la Sala que el sujeto de una eventual sanción por desacato debe ser quien tenga la representación de la persona jurídica a la cual se le impartió la orden de amparo, pues, es respecto de éste que tendría el efecto persuasivo la imposición de la sanción."

En consecuencia, siendo el fin último del incidente de desacato el cumplimiento del fallo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados, y como en el presente caso el señor OSCAR MARIN VILLALBA, sancionado dentro del trámite incidental, ya no ostenta el cargo de Secretario de Educación Departamental de Bolívar, implica entonces que carece de la capacidad para acatar la orden judicial, y mantener la sanción impuesta tornaría ineficaces las órdenes dadas para la protección de los derechos.

Así las cosas, en el caso en concreto la Sala procederá a REVOCAR la providencia del 26 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual impuso sanción por desacato a OSCAR MARIN VILLALBA consistente en multa equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales y arresto de tres (3) días, y en su lugar se ordenará abrir nuevo incidente de desacato contra el actual Secretario de Educación Departamental de Bolívar.

Por otra parte se ordenará compulsar copia de la presente providencia a la Procuraduría Regional de Bolívar, para que determine si el Dr. OSCAR MARIN VILLALBA, incurrió en falta disciplinaria por el no acatamiento de la orden judicial.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Fija de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 26 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se declaró en desacato al Secretario de Educación Departamental de Bolívar, Oscar Marín Villalba, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena que de manera inmediata, dé apertura a un nuevo incidente de desacato de la sentencia del 17 de mayo de 2018, en contra del actual Secretario de Educación Departamental de Bolívar.

TERCERO: COMPULSAR copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación Regional de Bolívar, para lo de su competencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Juzgado de Origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado