

Sentencia T-512/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y especiales de procedibilidad

Para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial es necesario que: (i) se cumplan las causales genéricas de procedibilidad; y (ii) se configure por lo menos uno de los defectos o criterios específicos de procedibilidad.

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Diferencias

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Instrumentos jurídicos diferentes/JUEZ DE TUTELA-Facultad para hacer cumplir sus fallos

Es necesario señalar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes, los cuales, a pesar de tener un mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, persiguen distintos objetivos. la jurisprudencia constitucional ha indicado que los jueces de primera instancia, “con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y en desarrollo del principio del efecto útil de las sentencias, gozan de amplias facultades en la determinación de la forma de ejecución de los fallos de tutela y en la adopción de las medidas tendientes a su cumplimiento; deduciéndose, de tal aserto, el deber de velar por el cumplimiento efectivo de las garantías conferidas a los ciudadanos en sede de tutela, ‘[i]nterpretando las normas y las sentencias dictadas en el caso concreto’.

NATURALEZA DEL INCIDENTE DE DESACATO-Jurisprudencia constitucional

El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder

jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos.

INCIDENTE DE DESACATO-Límites, deberes y facultades del Juez

La autoridad judicial que decide el desacato debe limitarse a verificar: "(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada). (Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005). // Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho (...)". Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, por razones muy excepcionales, el juez que resuelve el incidente de desacato, con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden inicial, siempre que se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada, señalando los lineamientos que han de seguirse para tal efecto.

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Responsabilidad objetiva y subjetiva

Siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la

negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

ACCION DE TUTELA EN INCIDENTE DE DESACATO-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos fundamentales

Contra la decisión del incidente de desacato no procede ningún recurso, siendo obligatorio en cambio el grado jurisdiccional de consulta solamente en el caso en que se haya resuelto sancionar a quien ha incumplido la orden de tutela. Esta Corporación ha sostenido que excepcionalmente es posible cuestionar mediante la acción de tutela la decisión que pone fin al trámite incidental del desacato cuando se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso, de cualquiera de las personas que fueron parte en la tutela previamente resuelta.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO-Facultades del Juez Constitucional

La jurisprudencia constitucional ha aclarado que el juez de tutela que decida sobre la procedencia y prosperidad de la acción de amparo contra decisiones proferidas durante el trámite incidental de desacato “no podrá reabrir el debate constitucional dado con ocasión de la acción de tutela anterior, pues su análisis se encuentra limitado por las decisiones proferidas durante el trámite de desacato en cuestión, esto, con relación a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante”. Por lo tanto, no está facultado para revisar la decisión original de amparar el derecho ni cambiar el alcance o contenido sustancial de las órdenes proferidas por el juez de tutela cuyo desacato se analiza, ya que con relación a éstas opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional. De igual forma, esta Corporación ha reiterado que el juez constitucional, cuando conoce y estudia la procedencia del recurso de amparo contra desacatos, debe limitarse a estudiar: (i) si la autoridad judicial que resolvió el incidente procedió de acuerdo con la decisión de tutela objeto de análisis; (ii) si se garantizó el debido proceso de los intervinientes; y (iii) si la sanción impuesta no fue arbitraria.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto el Juzgado declaró cumplido el fallo en incidente de desacato/DEBIDO PROCESO-Orden de expedir acto administrativo motivado indicando cronograma en proceso de licitación de Empresas Públicas de Armenia

Referencia: expediente T-2836952

Acción de tutela interpuesta por Luís Eduardo Belalcázar Garay y otros contra el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil Familia Laboral, en la acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Belalcázar Garay, en nombre propio, como integrante de la Unión Temporal Aguas de Armenia, en representación de esta entidad por su condición de gerente, y en nombre de las sociedades que lo conforman (Inversiones Zárate Gutiérrez & Cía. S.C.S., Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P., Aguas de la Península S.A. E.S.P. y Aguas del Sur de La Guajira S.A. E.S.P.), contra el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

I. ANTECEDENTES.

El señor Luís Eduardo Belalcázar Garay, en nombre propio, como integrante de la Unión Temporal Aguas de Armenia y en representación de esta entidad por su condición de gerente; y en nombre de las sociedades que lo conforman (Inversiones Zárate Gutiérrez & Cía. S.C.S., Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P., Aguas de la Península S.A. E.S.P. y Aguas del Sur de La Guajira S.A. E.S.P.), interpone acción de tutela contra el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia con ocasión de la providencia emitida por esa autoridad judicial el 4 de junio de 2010, mediante la cual se decidió un incidente de desacato promovido por la Unión Temporal Aguas de Armenia contra la alcaldesa de

Armenia, el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y los miembros de su Junta Directiva. Para fundamentar su solicitud los accionantes relatan los siguientes:

1. Hechos.

1.1. Manifiestan que la Unión Temporal Aguas de Armenia y la sociedad Ingeniería Total S.A. E.S.P. interpusieron una acción de tutela contra la alcaldesa de la ciudad de Armenia, el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa, con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad y al libre acceso a la administración de justicia,“(...) ante la amenaza de su violación evidenciada por las declaraciones públicas dadas por la Alcaldesa de Armenia y por el Gerente General de EPA E.S.P. de desaparecer a toda costa, incluso por encima de las decisiones judiciales, la licitación pública No. 001 de 2007; por la decisión unánime adoptada por su Junta Directiva en la sesión de febrero 25 de 2008, que autorizó desaparecer la mencionada licitación sin tener en cuenta la sentencia definitiva que estaba por proferirse en el Tribunal Administrativo del Quindío, y por la expedición de la Resolución No 0218 de abril 20 de 2009 (...)”. Acción de tutela que correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

1.3. Sostienen que el 1 de octubre de 2009, es decir, un día antes de vencerse el término para dictar la sentencia de segunda instancia en el proceso de tutela y de cumplirse el plazo de 30 días hábiles establecido por la sentencia de primer grado para definir la vinculación dentro de la licitación a la Unión Temporal Aguas de Armenia y estando vigente la suspensión del proceso licitatorio, el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. expidió la resolución número 0532, por medio de la cual revocó la resolución que dispuso la apertura de la licitación pública número 001 de 2007, dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela de primera instancia.

1.4. Refieren que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, mediante la sentencia de fecha 2 octubre de 2009, confirmó los numerales primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia y revocó su numeral tercero, ordenando en su lugar “a la EPA E.S.P., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a este fallo, expida el acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de Licitación Nacional No. 001 de 2007, con el fin de finiquitar el periodo precontractual, sin

que la etapa faltante pueda superar un término de dos (2) meses”.

1.5. Afirman que el mismo 2 de octubre el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. envió una comunicación al Juez Primero Civil del Circuito de Armenia mediante la cual, entre otros aspectos: (i) le informó que el día 1 de octubre de 2009, en acatamiento al fallo de tutela proferido por el Juez Primero Civil Municipal de Armenia, esa entidad había expedido la resolución número 0532; (ii) solicitó que, como en virtud de dicho acto el trámite licitatorio había culminado, se procediera a hacer una adición o aclaración del proveído para determinar si, de todas formas, Empresas Públicas de Armenia E.S.P. debía seguir algún procedimiento adicional para acatar en forma íntegra lo ordenado en la sentencia de tutela.

1.6. Exponen que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, en Auto de fecha 6 de octubre de 2009, decidió no acceder a la solicitud de adición o aclaración de la decisión proferida en esa instancia “toda vez que los hechos narrados por el peticionario no [tenían] relación con el contenido del mismo”.

1.7. Comentan que la Unión Temporal Aguas de Armenia y las personas que la conforman interpusieron oportunamente recurso de reposición contra la resolución número 0532, el cual fue decidido por la entidad confirmando en todas sus partes la resolución atacada.

1.8. Señalan que las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Armenia, el 21 de agosto y el 2 de octubre de 2009, respectivamente, están en firme y no fueron seleccionadas para revisión de la Corte Constitucional.

1.9. Arguyen que la Unión Temporal Aguas de Armenia y las personas naturales y jurídicas que la conforman promovieron ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia incidente de desacato por incumplimiento de lo ordenado en la sentencia de tutela proferida por esa autoridad judicial el 21 de agosto de 2009, “confirmada parcialmente” por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia en sentencia del 2 de octubre de 2009.

1.10. Finalmente, afirman que el incidente de desacato fue desatado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia mediante providencia del 4 de junio de 2010 “denegando su procedencia y declarando que las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA EPA E.S.P. cumplió con el fallo de tutela proferido por este despacho el 21 de agosto de 2009 mediante la expedición de la Resolución No. 0532 de octubre 1 de 2009 que revocó la Resolución No 0036 de enero

23 de 2007 que autorizó la apertura de la licitación pública No 001 de 2007”.

2. Providencia controvertida en la acción de tutela que ahora es objeto de revisión.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, mediante providencia del 4 de junio de 2010, resolvió que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. cumplió el fallo de tutela proferido por el mismo juzgado el 21 de agosto de 2009, parcialmente confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre del mismo año, y se abstuvo de imponerle las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, considerando concretamente que la revocatoria directa del acto de apertura de licitación por Empresas Públicas de Armenia E.S.P. “resuelve la situación del proponente y termina el estado de incertidumbre al cual fue sometido con la suspensión indefinida del proceso de selección”. Para fundamentar su decisión el juzgado expuso, entre otras, las siguientes consideraciones:

(i) El sentido de la sentencia de primera instancia, confirmada en lo pertinente por la de segunda instancia, fue poner fin al estado de incertidumbre e indefinición en que se encontraba la entidad accionante en el proceso de licitación, pero “en ninguna parte de las providencias mencionadas se indicó en qué sentido o de qué manera debía efectuarse tal definición, por el contrario, las sentencias dejaron a salvo la autonomía de la administración en esta materia”.

(ii) Si bien es cierto que el curso normal de un proceso licitatorio, después de calificadas las propuestas, es la adjudicación del contrato, esto no impide que el proceso tome otro rumbo por el ejercicio de potestades administrativas legalmente establecidas, “de esta forma la revocatoria del acto de apertura conlleva una terminación anormal del proceso pero no por ello deja de resolver, en forma material, la situación del proponente (...)”.

(iii) “El párrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994, establece que los contratos celebrados por los entes territoriales para la prestación de uno o varios servicios públicos, se rigen por la ley 80 de 1993, de esta forma se consagra una excepción a la regla general de aplicación del derecho privado, así, tratándose de este tipo de contratos rige, para todos los efectos y, especialmente para la licitación, el Estatuto General de Contratación”.

(iv) La revocatoria del acto de apertura de la licitación resuelve la situación del proponente y termina el estado de incertidumbre al cual fue sometido con la suspensión indefinida del

proceso de selección.

3. De la solicitud de tutela.

Los accionantes manifiestan que acuden a la acción de tutela porque consideran que el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia incurrió en una vía de hecho y vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia al resolver el incidente de desacato por ellos promovido, por las siguientes razones:

(i) Defecto sustantivo por violación de la cosa juzgada constitucional. Sostienen que la autoridad judicial accionada incurrió en una vía de hecho en la providencia que dirimió el incidente de desacato, toda vez que: (a) reabrió el tema de fondo ya decidido en las sentencias de tutela; (b) le dio “virtualidad de cumplimiento a un acto que carecía de ella por decisión judicial en firme”; y (c) desconoció la cosa juzgada constitucional que existe con respecto al tema de la supuesta desaparición de la causa o de los motivos determinantes que incidieron para la apertura de la licitación pública número 001 de 2007.

(ii) Defecto fáctico sustantivo por errónea interpretación y aplicación del principio de planeación en el ejercicio de función administrativa. Aseveran que el juez interpreta de manera equivocada la ley cuando considera que “la oferta puede revocarse en ejercicio del artículo 69 del C.C.A. por razones de mérito, conveniencia u oportunidad, y puede hacerse en cualquier tiempo (...)”, ya que con ello desconoce: (a) normas de imperativo cumplimiento como son los artículos 846 y 857 del Código de Comercio, que consagran la irrevocabilidad y obligatoriedad de la propuesta; y (b) el principio de planeación en el ejercicio de la función administrativa.

(iii) Defecto fáctico sustantivo por indebida aplicación del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Consideran que también se incurrió en una equivocada interpretación de la ley al conferírsele a la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 “la presunción de legalidad de los actos administrativos, cuando la revocatoria de una oferta es un acto que la ley (inciso final del artículo 857 del Código de Comercio) expresamente considera como ineficaz por cuanto, a más de generar responsabilidad de indemnizar los perjuicios al destinatario que aceptó la oferta (inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio), no produce efecto alguno ‘con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta (...)’”.

(iv) Defecto fáctico sustantivo por errónea interpretación de la Ley 142 de 1994. Afirman que existió una indebida interpretación normativa por parte del juez al sostener que los contratos celebrados por las empresas estatales prestadoras de servicios públicos tienen un régimen mixto, dado que dicha concepción jurídica desapareció con posterioridad a la reforma constitucional de 1991 y con la expedición de la Ley 142 de 1994, norma que sometió al régimen de derecho privado todos los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin importar su naturaleza. De igual forma aseveran que el juzgado se equivoca al “considerar como una excepción extensiva a las empresas estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios la remisión que hace el artículo 32 (sic) de la Ley 142 de 1994 a la Ley 80 de 1993 para los contratos que celebren los entes territoriales para la prestación de uno o varios servicios públicos”.

(v) Defecto fáctico operativo por reabrir el debate de lo decidido en la tutela y admitir como cierto un hecho que carece de prueba. Aseguran que en la providencia cuestionada se configura un defecto fáctico operativo por “considerar el acto de revocatoria directa de la apertura de la licitación No. 001 de 2007 realizado por la EPA E.S.P. por razones de mérito, conveniencia y oportunidad, como razón suficiente para decidir que dicha entidad sí cumplió con la orden impuesta en las sentencias de tutela”, ya que para llegar a dicha conclusión el juzgado: (a) reabrió el debate surtido al respecto en la acción de tutela; y (b) sin análisis probatorio, basándose únicamente en lo señalado por la entidad accionada, da por cierto que las condiciones financieras de la empresa “cambiaron tan evidentemente durante el periodo de suspensión del proceso licitatorio que ya no ameritaban la necesidad de un operador privado cuya selección se pretendía con la licitación (...)”.

(vi) Defecto fáctico por errónea interpretación y aplicación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. Manifiestan que el juez no aplica en debida forma el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo cuando considera que la revocatoria directa del acto de apertura de una licitación pública, por ser un acto general y abstracto, no requería autorización expresa y escrita del interesado, sin tener en cuenta que “la propia resolución 0532 reconoce la existencia de una situación jurídica de carácter individual o concreto porque en ella se estableció la notificación personal a la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE ARMENIA, y se ordenó que contra ella procedía el recurso de reposición para agotar vía gubernativa (...)”.

(vii) Defecto fáctico por errónea interpretación y aplicación del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. Señalan que la autoridad judicial accionada desconoció el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo porque: (a) la licitación pública número 001 de 2007 y el acto de su apertura no están manifiestamente opuestos a la Constitución o a la ley, ya que si “hubiese sido viable su revocatoria directa, en especial los jueces que conocieron de las acciones populares, la habrían decretado, (...)”; (b) no se está causando a nadie agravio injustificado con el acto de apertura, o al menos nadie demostró en los diferentes procesos adelantados la ocurrencia de un perjuicio de esa naturaleza.

(viii) Defecto fáctico por errónea interpretación y falta de aplicación del artículo 845 del Código de Comercio. Afirman que la forma como se realizó el proceso licitatorio permite concluir que “no se trata de una simple invitación, sino de una verdadera formación del consentimiento, de la manifestación de la voluntad contractual, que tiene, muy a pesar de lo que sostiene el juez, la virtualidad de perfeccionar el negocio jurídico con la sola aceptación del destinatario (Art. 860 del Co de Co) (...)”.

(ix) Defecto fáctico por evidente contradicción entre la motivación de la sentencia de tutela y la de la providencia que resolvió el desacato: Afirman que existe una abierta contradicción “entre las consideraciones jurídicas de [la] sentencia de tutela para fundamentar el amparo constitucional otorgado al debido proceso administrativo de la Unión Temporal Aguas de Armenia, con las consideraciones jurídicas planteadas en [la] providencia para decidir el incidente de desacato promovido por aquella que le sirvieron de fundamento para denegar la efectiva protección constitucional al derecho fundamental que él mismo [juez] había protegido ante una injustificada suspensión e indefinición (...)”.

Por todo lo expuesto, los accionantes solicitan que se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia: (i) se revoque la providencia proferida por el Juez Primero Civil Municipal de Armenia el 4 de junio de 2010; (ii) se declare que los accionados no cumplieron la orden impartida en las sentencias de primero y segundo grado; (iii) “(...) se declare el desacato a esta orden y se obligue al Gerente de las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA EPA ESP, (...) a cumplir con lo ordenado en la sentencia de segunda instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia que hizo tránsito a cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento, advirtiéndole que la decisión final del proceso licitatorio No 001 de 2007 debe tomarse con sujeción estricta a lo establecido en el Pliego de Condiciones (...)”; (iv) que se ratifique lo

dispuesto en el inciso 3°, artículo 857 del Código de Comercio, al cual está sujeta la licitación pública número 001 de 2007 y que dispone que la revocación de la oferta no produce efecto alguno con relación a los destinatarios que hayan cumplido las condiciones de la oferta; y (v) que en caso de incumplimiento de la orden que se imparta, se impongan las sanciones previstas en la Constitución y la Ley.

4. Trámite procesal.

Correspondió conocer de la acción de tutela al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, el cual, mediante Auto del 25 de junio de 2010, avocó el conocimiento y ordenó: (i) vincular como litisconsortes de la parte pasiva al municipio de Armenia, a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y a los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa; (ii) notificar a la parte accionada y a las entidades vinculadas para que ejercieran su derecho de defensa; (iii) solicitar a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. que aportara copia de la resolución 0532 del 1 de octubre de 2009, por medio de la cual se revocó la licitación 001 de 2007; y finalmente (iv) reconoció personería jurídica al señor Luis Eduardo Belalcázar Garay.

4.1. Respuesta del Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

El Juez Primero Civil Municipal de Armenia solicita se declare improcedente la acción de tutela y para fundamentar su petición se remite a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia atacada.

4.2. Respuesta del municipio de Armenia, Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y de los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa.

La representante legal del municipio de Armenia y Presidente de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., el representante legal de esa compañía y los miembros de su Junta Directiva, se oponen a todas las pretensiones de los accionantes, porque Empresas Públicas de Armenia E.S.P. cumplió lo ordenado en los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia el 21 de agosto de 2009 y Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre del mismo año, mediante la expedición de la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, que revocó la resolución número 0036 de 2007, tal como lo resolvió acertada y legalmente el Juez Primero Civil Municipal de Armenia en la providencia que decidió el incidente de desacato.

Sostienen que la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 fue expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. en función de sus atribuciones legales y no por la Junta Directiva de esa empresa, teniendo en cuenta que habían desaparecido por completo las circunstancias que motivaron la apertura de la licitación pública número 001 de 2007 mediante la resolución número 0036 de ese año.

Explican que, en efecto, ese proceso licitatorio estuvo suspendido reiteradamente por varias órdenes judiciales, desde marzo de 2007 hasta abril de 2009, y que durante ese lapso “las condiciones y motivos determinantes que indujeron a la Empresa a iniciar el proceso contractual y de apertura a la Licitación Pública No. 001 de 2007 han variado sustancialmente al punto de desaparecer, puesto que, de un lado, la EPA ESP, durante el tiempo que duraron las suspensiones dispuestas por los jueces, debió adoptar medidas suficientes que le permitieron superar la crisis que, en teoría, esperaba superar con la celebración de dicho contrato, y de otro lado, ha entrado en vigencia el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que hace imperativo para la Empresa la aplicación de los principios propios de la función administrativa y los del control fiscal en todas sus actuaciones contractuales”.

Proponen la excepción de falta de legitimación pasiva del municipio de Armenia y solicitan que se desvincule de la presente acción de tutela, toda vez que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, descentralizada, del orden municipal, con autonomía administrativa y patrimonio propio, razón por la cual responde de manera independiente por sus obligaciones contractuales y legales.

Igualmente, afirman que no es cierto que la resolución 0532 del 1 de octubre de 2009 establezca en “su artículo 4° la procedencia del recurso de reposición por cuanto dicha resolución solo consta de tres artículos en el resuelve. En cuanto a que en la misma se reconociera que no se trataba de la revocación de un acto administrativo de carácter general, impersonal o abstracto, es una interpretación meramente subjetiva del actor que en nada se compadece con el contenido mismo de la resolución”.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, en sentencia del 9 de julio de 2010, decidió

tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, que consideró vulnerado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia a través de la providencia del 4 de junio de 2010. Ordenó al despacho judicial accionado que, dentro de los 5 días siguientes a la notificación, resolviera nuevamente el desacato a las sentencias de tutela proferidas por ese mismo juzgado el 21 de agosto de 2009 y por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre de ese año, que confirmó en parte la primera.

El juzgado considera que, bajo un examen preliminar, el Auto del 4 de junio de 2010 “no desconoce en forma clara e incuestionable el ordenamiento jurídico ni quebranta de manera flagrante reglas de competencia, procedimientos o normas sustanciales de modo que pueda desvirtuarse, a primera vista, la presunción de legalidad que la ampara, así, evaluada bajo los restringidos parámetros de este trámite incidental la mentada revocatoria resulta idónea para cumplir el fallo que amparó los derechos del accionante”.

Sin embargo, sostiene que el juzgado accionado incurrió en vías de hecho violatorias del derecho de defensa de los accionantes, porque en la providencia del 4 de junio de 2010 tuvo en cuenta únicamente la sentencia que ese mismo juzgado emitió el 21 de agosto de 2009, mas no la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, de fecha 2 de octubre de 2009, que revocó el numeral 3 de la primera, ordenando a la empresa accionada que, dentro de las 48 horas siguientes al fallo expidiera el acto administrativo debidamente motivado e indicara el cronograma a seguir en el proceso licitatorio número 001 de 2007. Además, que la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 es anterior a la sentencia del 2 de octubre de ese año y no es idónea para cumplir ésta última.

* Impugnación.

- El Juez Primero Civil Municipal de Armenia impugnó el fallo para que éste fuese revocado y se negara por improcedente la acción propuesta por la Unión Temporal Aguas de Armenia.

Afirma que si bien la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 es anterior a la sentencia de tutela de segunda instancia (2 de octubre de 2009), no es menos cierto que ninguna de las sentencias de tutela señaló que el proceso licitatorio podía finalizar en forma legal por un mecanismo diferente al de la adjudicación del contrato, como la revocatoria directa, que terminó con el proceso de licitación y dejó sin objeto el cronograma a seguir ordenado en la sentencia del 2 de octubre de 2009.

Reitera que las sentencias de tutela de primera y segunda instancia ampararon el derecho fundamental al debido proceso que consideran vulnerado por la inseguridad generada por la suspensión indefinida del proceso licitatorio y por eso ordenaron a la entidad accionada que definiera esa situación, pero sin señalar el medio o mecanismo, ni exigir que sólo podía hacerse a través de la adjudicación del contrato.

- La apoderada judicial del representante legal de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., la representante legal del municipio de Armenia y presidenta de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., los señores Gustavo Adolfo Pineda y Sandra Aristizábal, estos dos últimos en su condición de miembros de la misma Junta Directiva, impugnaron igualmente el fallo, exponiendo argumentos similares a los del Juez Primero Civil Municipal de Armenia, aunque no formulan ninguna petición concreta.

Sostienen que Empresas Públicas de Armenia E.S.P., con el fin de cumplir lo ordenado en el fallo de tutela del Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, de fecha 21 de agosto de 2009, y dentro del término señalado en él, expidió la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, que revocó la resolución número 0036 del 23 de enero de 2007, decidiendo así de fondo y definitivamente la vinculación al proceso licitatorio número 001 de 2007 de "Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P. Aguas de Armenia".

Aclaran que Empresas Públicas de Armenia E.S.P., una vez emitido el fallo de segunda instancia, dirigió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el oficio GG 0949 del 7 de octubre de 2009 solicitándole que aclarase el alcance de la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 y que le indicara el camino a seguir para no incurrir en desacato, pero que el juzgado le respondió que no accedía a esas peticiones porque no tenían relación con la decisión de ese despacho.

2. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil Familia Laboral, en fallo del 5 de agosto de 2010, resolvió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia el 9 de julio de 2010.

Esa Corporación, siguiendo la jurisprudencia constitucional plasmada en la Sentencia T-171 de 2009, considera que, por regla general, la acción de tutela no procede contra el trámite

del incidente de desacato y su decisión, y que excepcionalmente es viable cuando se afectan las garantías fundamentales de los intervinientes, en la medida en que esas determinaciones no se apoyen en los hechos probados, sino en la subjetividad, en el capricho, en la arbitrariedad o en la negligencia extrema del funcionario, que lo lleven a incurrir en lo que antes se denominaban vías de hecho y hoy defectos de procedibilidad.

Con base en la misma jurisprudencia el Tribunal sostiene que el juez debe tener en cuenta en la decisión del incidente de desacato que la responsabilidad del accionado no se presume por el solo hecho objetivo del incumplimiento, sino que tiene la obligación de determinar su responsabilidad subjetiva derivada de la mala fe o de la conducta absolutamente negligente.

El Tribunal precisa que el Juez Primero Civil Municipal de Armenia llegó a la conclusión de que los fallos de tutela fueron cumplidos por la entidad accionada, en cuanto ésta expidió la resolución número 0532, del 1 de octubre de 2009, por la cual revocó la resolución número 0036 del 23 de enero de 2007, que ordenaba la apertura de la licitación pública, decisión que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 69 y 74 del Código Contencioso Administrativo, sacó del mundo jurídico la resolución últimamente citada, definiendo así la situación del proponente y el estado de incertidumbre en que se hallaba.

Agrega que esas circunstancias llevaron al juez accionado a deducir que ellas impedían obligar a la empresa a adoptar un nuevo cronograma para seguir adelantando la licitación, porque “no existiendo en el mundo jurídico la licitación pública por la revocatoria directa del acto administrativo, no puede predicarse que la decisión del 4 de junio de 2010, que se abstiene de imponer sanciones a los accionados en el respectivo trámite incidental, es una vía de hecho, porque estaban en desacato de las sentencias calendadas el 21 de agosto de 2009 y 2 de octubre del mismo año, de los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Armenia, respectivamente”.

Por último, concluye que no está probada la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los accionantes, toda vez que en el trámite incidental tampoco se demostró la responsabilidad subjetiva de la entidad accionada, de la cual se pudiera derivar una sanción por desacato.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

* Copia del escrito mediante el cual el señor Luis Eduardo Belalcázar Garay y otros promueven incidente de desacato contra el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y otros, por el incumplimiento de lo ordenado por la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia el 21 de agosto de 2009, confirmada parcialmente por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia mediante sentencia del 2 de octubre de 2009 (folios 19 a 42, cuaderno de tutela número 1).

* Copia de las sentencias proferidas por los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Armenia, el 21 de agosto y el 2 de octubre de 2009, respectivamente, dentro de la acción de tutela interpuesta por Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P. y otros contra la alcaldesa de Armenia y otros (folios 43 a 103, cuaderno de tutela número 1).

* Copia de la providencia del 4 de junio de 2010 dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, mediante la cual resuelve el “incidente de desacato a la sentencia de tutela proferida el 21 de agosto de 2009, parcialmente revocada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre del mismo año” (folios 104 a 113, cuaderno de tutela número 1).

* Copia de la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, expedida por Empresas Públicas de Armenia E.S.P., “por medio de la cual se revoca la resolución No. 0036 de enero 23 de 2007 y se le da cumplimiento a una decisión judicial” (folios 685 a 691, cuaderno de tutela número 3).

* Copia de la resolución número 0218 del 20 de abril de 2009, expedida por Empresas

Públicas de Armenia E.S.P., “por medio de la cual se suspende la licitación pública No. 001 de 2007” (folios 332 a 336, cuaderno de pruebas).

* Oficio GG 0949 del 7 de octubre de 2009, dirigido por Empresas Públicas de Armenia E.S.P. al Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia (folios 340 a 342, cuaderno de pruebas).

* Proceso de tutela con número de radicación 630014003001-2009-00-346-00 de Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P. contra la Alcaldía de Armenia y otros, enviado en original y en calidad de préstamo por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

IV. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN.

1. En Auto de 11 de marzo de 2011, con el fin de allegar elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo, esta Sala de Revisión dispuso:

(i) Envíe, con destino al expediente de la referencia, un informe con los respectivos soportes, donde especifique:

* El estado actual del proceso licitatorio frente a las determinaciones judiciales proferidas por los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Armenia, el 21 de agosto y el 2 de octubre de 2009, respectivamente.

* Si tiene conocimiento de procesos adelantados ante la jurisdicción contencioso administrativa que tengan relación con los hechos aquí analizados y, de ser así, precisar el número de radicación de los mismos.

(ii) Remita copia íntegra de las Resoluciones 0036 del 23 de enero de 2007 y 0218 del 20 de abril de 2009, y del oficio GG 949 del 7 de octubre de 2009, dirigido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia.

SEGUNDO: Ordenar al Juez Primero Civil Municipal de Armenia que, en el término de cinco (5) días siguientes a la recepción del oficio que así lo indique, remita copia íntegra: (i) del expediente de tutela radicado bajo el número 63-001-40-03-001-2009-00346, adelantado por la Empresa Ingeniería Total de Servicios Públicos S.A. E.S.P. y otros contra la Alcaldesa Municipal de Armenia y otros; (ii) del trámite adelantado por ese despacho en el cumplimiento del incidente de desacato iniciado por la Unión Temporal Aguas de Armenia por el 'presunto incumplimiento' de los fallos proferidos por los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Armenia, el 21 de agosto y el 2 de octubre de 2009, respectivamente, en el cual habría incurrido Empresas Públicas de Armenia E.P.A. E.S.P..

TERCERO: Suspender el término para fallar el presente asunto, hasta tanto sean allegadas y valoradas las pruebas aquí ordenadas.”

2. El Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. en escrito de fecha 22 de marzo de 2011, además de reiterar los argumentos expuestos por esa empresa en la contestación de la demanda, manifiesta:

“Se dijo anteriormente que la impugnación del fallo de primera instancia no SUSPENDÍA el cumplimiento del mismo durante el plazo indicado en el fallo de primera instancia y antes de que se produjera el fallo de segunda instancia, Empresas Públicas de Armenia ESP, mediante la Resolución No. 0532 del 01 de octubre de 2009 no sólo restableció implícitamente el cronograma que se encontraba suspendido, sino que en dicha etapa y en presencia de las causales 1 y 2 del artículo 69 del Decreto ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo procedió a la revocatoria del acto por el cual se ordenó la apertura de la licitación pública No. 001 de 2007, acto administrativo que pone fin al trámite precontractual y define por sustracción de materia la participación de la Unión Temporal Aguas de Armenia y sus integrantes, luego no puede haber incumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia por haberse acatado el cumplimiento del fallo de primera instancia con anterioridad y con los efectos de un acto administrativo cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y que de todas formas cumplió anticipadamente con el numeral 3 del fallo de segunda instancia dado que el cronograma que estaba suspendido quedó reanudado con la expedición del acto administrativo No. 0532 del 1 de octubre de 2009 el cual pone fin a la actuación administrativa precontractual. No puede perderse de vista que al momento de darse el fallo de segunda instancia ya habían cesado los efectos del acto impugnado y como también se

afirmó, con la expedición de la resolución 0532 del 01 de octubre de 2009 se reanudó implícitamente el cronograma del proceso precontractual”.

Asimismo, junto con el anterior escrito, allega los documentos solicitados por esta Sala en el Auto de fecha 11 de marzo de 2011.

3. El Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, a través de oficio número 472 del 17 de marzo de 2011, recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 31 de marzo de 2011, remitió en calidad de préstamo “el expediente del proceso acción de tutela radicada con el # 630014003001-2009-00-346-00 instaurada mediante apoderado judicial por INGENIERÍA TOTAL SERVICIOS PÚBLICOS contra la ALCALDIA DE ARMENIA y otros”.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno, de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Breve presentación del caso.

2.1. Los accionantes sostienen que sus derechos fundamentales al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia están siendo vulnerados por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia mediante la providencia del 4 de junio de 2010, al no sancionar a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. por desacatar lo ordenado en las sentencias de tutela emitidas por el mismo despacho judicial el 21 de agosto de 2009 y por el Juzgado Primero Civil de Circuito de Armenia el 2 de octubre de 2009. Consideran que al resolver el incidente de desacato el juzgado incurrió: (i) en defecto sustantivo por violación de la cosa juzgada constitucional; (ii) en defecto “fáctico sustantivo” por: (a) errónea interpretación y aplicación del principio de planeación en el ejercicio de la administración pública, (b) por indebida aplicación del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos y (c) por errónea interpretación de la Ley 142 de 1994; (iii) en defecto “fáctico operativo”; y (iv) en defecto fáctico por: (a) errónea interpretación de los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo y 845 del Código de Comercio y (b) por evidente contradicción entre la

sentencia de tutela y la providencia que resolvió el desacato.

2.1. El Juez Primero Civil Municipal de Armenia solicita que se declare improcedente la acción de tutela y para fundamentar su petición se remite a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia atacada.

2.3. El municipio de Armenia, Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa, vinculados como litisconsortes, se oponen a que se amparen los derechos invocados por los actores por considerar que el juzgado accionado no les ha vulnerado ningún derecho fundamental con la providencia del 4 de junio de 2010, la cual dicen que se ajusta completamente a la ley en cuanto se abstuvo de imponer sanción a Empresas Públicas de Armenia E.S.P., en razón de haber ésta cumplido las dos sentencias de tutela referidas a través de la expedición de la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, que revocó la resolución número 0036 de 2007, por la cual se abrió el proceso licitatorio número 001 de 2007.

2.4. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, en sentencia del 9 de julio de 2010, ampara el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, que estima vulnerados por el juzgado accionado, mediante su providencia del 4 de junio de 2010, en cuanto se abstuvo de sancionar por desacato a Empresas Públicas de Armenia E.S.P., ya que sostiene que la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009 es anterior a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, razón por la cual no es medio idóneo para cumplir esta última.

El Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil Familia Laboral, en sentencia del 5 de agosto de 2010, revoca la de primera instancia. Según su parecer, el juez accionado se abstuvo de sancionar a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. en el convencimiento de que esta última cumplió realmente las sentencias de tutela mediante la expedición de la resolución número 0532 de 2009, habiendo extraído del mundo jurídico, en esa forma, la resolución número 0036 del 23 de enero de 2007, por la cual se ordenó la apertura de la licitación número 001 de 2007. Es decir, que no halló demostrado el elemento subjetivo, necesario para sancionar por desacato, según la jurisprudencia constitucional contenida en la Sentencia T-171 de 2009.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión

determinar (i) si la acción de tutela es procedente contra la providencia que resuelve un incidente de desacato. En caso de considerarla procedente, la Corte analizará (ii) si el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia vulneró los derechos fundamentales de los accionantes al proferir la providencia del 4 de junio de 2010, mediante la cual declaró cumplido el fallo de tutela emitido por ese despacho el 21 de agosto de 2009, parcialmente confirmado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre del mismo año, y se abstuvo de imponer las sanciones correspondientes, considerando concretamente que la revocatoria directa del acto de apertura de licitación por Empresas Públicas de Armenia E.S.P. “resuelve la situación del proponente y termina el estado de incertidumbre al cual fue sometido con la suspensión indefinida del proceso de selección”.

Para resolver el anterior problema jurídico estima la Sala que es preciso estudiar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con: (i) el cumplimiento y procedimiento para hacer efectivos los fallos de tutela; (ii) la naturaleza y el objeto del incidente de desacato; (iii) las facultades del juez en el incidente de desacato; (iv) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, específicamente contra la que resuelve un incidente de desacato. Con base en ello, (v) la Sala procederá al análisis del caso concreto para determinar si hay lugar o no a la protección invocada.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Corte Constitucional ha abordado esta cuestión en otras oportunidades. Por esta razón la Sala reiterará a continuación dicha jurisprudencia, concretamente las consideraciones expuestas en la Sentencia T-954 de 2010.

4.1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene “acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

En igual sentido el Decreto 2591 de 1991 indica que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto”.

Esta Corporación ha precisado que, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas dado por el artículo 86, “no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado”² y, por lo tanto, dicho artículo autoriza a las personas para solicitar al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales cuando las sentencias, “entendidas como actos emanados de un juez o tribunal”³, los desconozcan o amenacen.

4.2. Tomando como fundamento los artículos 86 de la Constitución Política, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ y 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, la Corte Constitucional, intérprete autorizada y guardiana de la integridad del texto superior (artículo 241 Constitución Política), ha desarrollado una amplia y uniforme jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, “basada en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial –pilares de la administración de justicia en un estado democrático-, y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales –razón de ser del estado constitucional y democrático de derecho-”⁶. Equilibrio al que se llega (i) a partir de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues “se parte de la premisa que el sistema de administración de justicia consagrado en la Carta Política es un mecanismo idóneo y suficiente para proteger los derechos de los asociados”⁷; y (ii) dentro del marco de supuestos cuidadosamente decantados por la jurisprudencia constitucional⁸.

Inicialmente dicha posibilidad encontró sustento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que contemplaban la acción de tutela contra decisiones judiciales y establecían el trámite correspondiente. Sin embargo, en la Sentencia C-543 de 1992 esta Corporación declaró inexecutable esas disposiciones, sin que con ello se hubiese atribuido un carácter absoluto a la intangibilidad de las providencias judiciales, ya que, por el contrario, en la misma sentencia se advirtió que ciertos actos no tienen las cualidades para poder ser considerados providencias judiciales y que, por tanto, frente a estas “actuaciones de hecho” la acción de tutela sí procede. En aquel entonces indicó:

“Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a

resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”

Esta posición ha sido reiterada en otras sentencias, por ejemplo, en la C-590 de 2005, lo cual permite señalar que “(...) ‘tanto la motivación de ese pronunciamiento como de la interpretación que la Corte ha hecho del mismo y del desarrollo de su jurisprudencia’ constatan ‘que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los supuestos que la misma Corte ha indicado’(Sentencias C-800A de 2002, SU-1184 de 2001, T-983 de 2001, T-231 de 1994 y T-173 de 1993)”⁹.

Atendiendo a la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad, esta Corporación, a través de sus sentencias en sede de tutela y de constitucionalidad, comenzó a construir y desarrollar los requisitos que se debían dar para la procedencia del amparo constitucional frente a una eventual vulneración de derechos fundamentales dentro de un proceso judicial.

4.3. En las primeras decisiones la Corte Constitucional indicó que la viabilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales estaba condicionada a la configuración de una “vía de hecho”, concepto mediante el cual “se hacía alusión a aquellas decisiones arbitrarias de los jueces que eran fruto de su abierto y caprichoso desconocimiento de la legalidad”¹⁰.

No obstante, la Corte estimó necesario redefinir el concepto de “vía de hecho” incluyéndolo dentro de uno más amplio de requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional: unos de carácter general (requisitos formales de procedibilidad) y otros específicos (aspecto sustancial, eventos en los que un fallo puede llevar a la amenaza o transgresión de derechos constitucionales), los cuales compiló primero en la Sentencia T-462 de 2003 y posteriormente en la Sentencia C-590 de 2005. Esta última indicó:

“Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

23. En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.”

4.4. Ahora bien, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-813 de 2007, siguiendo los parámetros de la Sentencia C-590 de 2005, sistematizó las causales genéricas así:

“Las causales genéricas de procedibilidad se refieren a aquéllos requisitos que en general se exigen para la procedencia de la acción de tutela, pero que referidas al caso específico de la tutela contra providencias judiciales adquieren un matiz especial. La particularidad se deriva del hecho de que en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución. Tales causales son las siguientes:

(i) Se requiere, en primer lugar, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, esté acreditada la vulneración de un derecho fundamental, requisito sine qua non de esta acción de tutela que, en estos casos, exige una carga especial al actor¹¹; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en

sede de tutela; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna; y (v) que no se trate de sentencias de tutela.”

4.5. Así mismo, la Corte ha precisado que los criterios específicos, “fruto de una evolución jurisprudencial que comenzó por la enumeración de algunas causales para considerar una sentencia ‘vía de hecho’, pero que hoy en día está consolidada en torno al concepto de causales específicas de procedibilidad”¹², deben revestir un carácter protuberante y presentarse de forma evidente en la decisión bajo examen¹³, resumiéndolos de la siguiente forma:

“i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido¹⁴.

ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variarían drásticamente el sentido del fallo proferido¹⁵.

iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia¹⁶.

iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos¹⁷.

v) Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variarían, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto¹⁸.¹⁹

4.6. En conclusión, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial es necesario que: (i) se cumplan las causales genéricas de procedibilidad; y (ii) se configure por lo menos uno de los defectos o criterios específicos de procedibilidad.

5. Los fallos de tutela. Su cumplimiento y el procedimiento para hacerlos efectivos.

5.1. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales que le han sido vulnerados o amenazados a una persona; que esa protección inmediata debe consistir en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo; y que el fallo es de inmediato cumplimiento, aunque sea impugnado. En desarrollo de esta norma superior, el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 establece que la sentencia de tutela debe contener, entre otras cosas, la “orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela”.

Esta Corporación ha sostenido que, de acuerdo con el régimen jurídico del recurso de amparo constitucional, “es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1° y 2°). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del

modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)”²⁰.

5.2. Ahora bien, los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 disponen que el demandante en tutela cuenta con dos mecanismos, que puede utilizar simultánea o sucesivamente ante el incumplimiento de la orden emitida en el respectivo fallo. Así, el mencionado decreto faculta al accionante ya sea para pedir el cumplimiento de la orden de tutela a través del denominado “trámite de cumplimiento” y/o para solicitar, por medio del “incidente de desacato”, que sea sancionada la persona que incumple dicha orden. En este orden de ideas, “el juez puede adelantar el incidente de desacato y sancionar a los responsables y simultáneamente puede adelantar las diligencias tendentes a obtener el cumplimiento de la orden”²¹.

Es necesario señalar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes, los cuales, a pesar de tener un mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, persiguen distintos objetivos. Así lo sostuvo en Auto 045 de 2004 al indicar:

“3. En torno a estas dos actuaciones, en reciente decisión la Corte precisó que el cumplimiento del fallo y el desacato ‘son en realidad dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo’²². Bajo esa premisa, en la misma providencia se sostuvo que, ‘si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección’²³. Por ello, sin perjuicio de que se sancione o no al funcionario obligado a obedecer el fallo, el juez constitucional tiene el deber de asegurar su total cumplimiento si ello no ha ocurrido por vía del desacato, ya que en ciertos eventos la efectividad de los derechos conculcados se logra ‘a través de la adopción de medidas adicionales a la sanción por desacato, al ser este incidente insuficiente para hacer cumplir la orden proferida (...)’.”

Siguiendo esta interpretación constitucional, “el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son

dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”²⁴.

“Paralelamente al cumplimiento de la orden se puede iniciar el trámite incidental del desacato. Pero el desacato no puede desplazar la principal obligación del juez constitucional que consiste en hacer cumplir la orden de tutela.

Además, el trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato.

4. Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque

v) puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”

5.3. De conformidad con lo prescrito en los artículos 37 y 52 del Decreto 2591 de 1991, esta Corte ha señalado que la competencia para hacer cumplir los fallos de tutela, incluso tratándose de sentencias de segunda instancia o de aquellas proferidas en sede de revisión, está, en principio, en cabeza de los jueces de primera instancia²⁶. Lo anterior en desarrollo de los principios que rigen la acción de tutela, especialmente el de la inmediatez. Así lo

sostuvo, por ejemplo, en Auto 136 A de 2002:

“7. En Conclusión, la Sala encuentra que el juez de primera instancia (singular o plural), que haya conocido el trámite de tutela, es en todo caso el competente para conocer del trámite incidental por desacato. Esta interpretación tiene fundamento en los siguientes aspectos: (i) Obedece a una interpretación sistemática del decreto 2591 de 1991, (ii) genera claridad en términos de seguridad jurídica, al desarrollar el principio de igualdad en los procedimientos judiciales, (iii) está en armonía con el principio de inmediación del trámite de tutela y, (iv) protege la eficacia de la garantía procesal en que consiste el grado jurisdiccional de consulta.”

Bajo este derrotero, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los jueces de primera instancia, “con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y en desarrollo del principio del efecto útil de las sentencias²⁷, gozan de amplias facultades en la determinación de la forma de ejecución de los fallos de tutela y en la adopción de las medidas tendientes a su cumplimiento; deduciéndose, de tal aserto, el deber de velar por el cumplimiento efectivo de las garantías conferidas a los ciudadanos en sede de tutela, ‘[i]nterpretando las normas y las sentencias dictadas en el caso concreto’ (Corte Constitucional SU-1158 de 2003)”²⁸.

6. Doctrina constitucional sobre el incidente de desacato.

6.1. Naturaleza y objeto.

El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público²⁹, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. Este trámite está regulado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

(...) El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su

sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso. (...)”.

“ARTÍCULO 52. DESACATO. 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 meses y multa hasta 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 si debe revocarse la sanción.”

De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio³⁰; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental.

Acorde con lo establecido legalmente, esta Corporación ha expresado que el desacato puede concluir con: “(i) la expedición de una decisión adversa al accionado, circunstancia en la cual debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta ante el superior jerárquico con el propósito de que se revise la actuación de primera instancia, quien después de confirmar la respectiva medida, deja en firme o no la mencionada decisión para que proceda su ejecución, en ningún caso esta providencia puede ser objeto de apelación por no haber sido consagrada su procedencia por parte del legislador, y (ii) la emisión de un fallo que no impone sanción alguna, evento en el cual se da por terminado el respectivo incidente con una decisión ejecutoriada”³¹.

Asimismo, la Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser

ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos³². Así lo sostuvo en Sentencia T-171 de 2009 al indicar:

“(…) el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, debe precisarse que la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia³³.” (Negrillas fuera de texto original).

Desde esa perspectiva, el incidente de desacato “debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), puesto que éste permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional”³⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha precisado que “en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor”³⁵.

6.2. Límites y facultades del juez en el incidente de desacato.

6.2.1. La Corte Constitucional ha reiterado que, dada la naturaleza especial que tiene el incidente de desacato, el juez que conoce del mismo no puede volver sobre los juicios o las valoraciones que hayan sido objeto de debate en el respectivo proceso de tutela, ya que ello implicaría “revivir un proceso concluido afectando de esa manera la institución de la cosa juzgada”³⁶. De acuerdo con lo anterior, el ámbito de acción del juez en este caso está definido por la parte resolutive del fallo correspondiente. Sobre el particular, la Corte en Sentencia T-014 de 2009 indicó:

“A este respecto se resalta, en primer lugar, que no es posible que las consideraciones que se hagan para decidir el incidente conduzcan a la reapertura del tema de fondo, ya decidido mediante la sentencia de tutela. En este sentido debe subrayarse que en ese momento procesal el referido fallo ha hecho tránsito a cosa juzgada, por lo que la decisión en él contenida resulta inmodificable y de obligatorio acatamiento, incluso para el juez que la hubiere proferido. Es claro entonces que nada en el incidente de desacato puede implicar la reconsideración de la decisión cuyo cumplimiento se busca, ni aún con la aquiescencia del beneficiario de aquélla, ni tampoco con la del juez que la originó.

El tema se limita entonces a examinar si la orden emitida por el juez de tutela para la protección del derecho fundamental, fue o no cumplida en la forma allí señalada. La decisión que debe adoptarse dentro de este incidente deberá tener como referente el contenido de la parte resolutive de la sentencia de tutela cuyo cumplimiento se busca. Así, especialmente si la persona o autoridad accionada no ha estado enteramente inactiva, sino que realizó determinadas conductas a partir de las cuales alega haber cumplido con la orden de tutela que le fuera impartida, será entonces a partir del contenido de dicha parte resolutive que podrá apreciarse la validez del reclamo planteado y/o las explicaciones de la autoridad o persona accionada.”

En este orden de ideas, la autoridad judicial que decide el desacato debe limitarse a verificar: “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada). (Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005). // Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho (...)” 37.

Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, por razones muy excepcionales, el juez que resuelve el incidente de desacato, con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden inicial, siempre que se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada³⁸, señalando los lineamientos que han de seguirse para tal

efecto, a saber:

“(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.”³⁹

6.2.2. Por otro lado, sin desconocer que el trámite incidental de desacato debe tramitarse, al igual que la tutela, de manera expedita, es obligación del juez garantizar los derechos al debido proceso y de defensa de la persona contra quien se ejerce, en virtud de lo cual deberá: “(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 cumplimiento⁴⁰, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; 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”⁴¹.

6.2.3. Ahora bien, siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Sobre el particular esta Corporación ha señalado:

“30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada - proporcionada y razonable - a los hechos⁴².”

31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene 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. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo.”⁴³ (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que, en el momento de analizar si existió o no desacato, deben tenerse en cuenta situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad⁴⁴, aclarando que no puede imponerse sanción cuando: “(i) la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y, // (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (sentencias T-1113 y T-368 de 2005)”⁴⁵.

6.2.4. Es de concluir, entonces, que el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden de tutela impartida y, de ser así, tiene que determinar si el mismo fue total o parcial, identificando “las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada - proporcionada y razonable - a los hechos”⁴⁶.

6.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra la decisión que pone fin al trámite incidental de desacato.

6.3.1. De la lectura del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991⁴⁷ se concluye que contra la decisión del incidente de desacato no procede ningún recurso, siendo obligatorio en cambio el grado jurisdiccional de consulta solamente en el caso en que se haya resuelto sancionar a quien ha incumplido la orden de tutela. Sobre este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-957 de 2004, dijo:

6.3.2. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que excepcionalmente es posible cuestionar mediante la acción de tutela la decisión que pone fin al trámite incidental del desacato cuando se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso, de cualquiera de las personas que fueron parte en la tutela previamente resuelta. Al respecto en Sentencia T-014 de 2009, expuso lo siguiente:

“De otra parte, esta corporación ha reconocido la posibilidad de que, con ocasión de la aplicación de alguna de estas medidas que buscan garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos de esa misma naturaleza, particularmente el derecho al debido proceso de cualquiera de las dos partes que como demandante y demandado participaron en el trámite de la ya resuelta acción de tutela.

Esta circunstancia puede afectar a quien inicialmente solicitó la protección tutelar, si la renuencia de quien fue demandado continúa impidiendo el efectivo disfrute del derecho fundamental cuya protección fue judicialmente ordenada, y el juez que conoce del incidente se niega, injustificadamente, a reconocer el desacato que se ha planteado. Del otro lado, el demandado también puede ver lesionado su derecho al debido proceso, especialmente si se le sanciona sin que se reúnan los presupuestos de hecho necesarios para ello.

Por todo lo anterior, en varias oportunidades ha reconocido esta corporación⁴⁸ que, excepcionalmente, es posible cuestionar, mediante el uso de la acción de tutela, la decisión del incidente de desacato que hubiere sido promovido por el actor de otra acción de tutela previamente tramitada, posibilidad que, según lo antes explicado, está abierta tanto a la persona que hubiere resultado sancionada al término de dicho incidente, como al demandante que solicitó la apertura de aquél⁴⁹(...).”

En este orden de ideas, esta Corte en un principio sostuvo que para que prosperara la acción de tutela contra una providencia que resuelve un incidente de desacato era necesario que: (i) se estuviera en presencia de una vía de hecho y (ii) la decisión proferida en el trámite de desacato se encontrara ejecutoriada⁵⁰.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, esta Corporación estimó necesario redefinir el concepto de “vía de hecho” incluyéndolo dentro de uno más amplio de requisitos de procedibilidad, razón por la cual, en jurisprudencia reciente sobre el tema la Corte Constitucional ha aclarado que la acción de amparo, procede en este caso cuando, (i) además de estar ejecutoriada la providencia que resuelve el desacato, se (ii) reúnan los requisitos generales de procedibilidad y se (iii) configure por lo menos una de las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales⁵¹.

La Corte Constitucional ha señalado que, además de los anteriores requisitos, es preciso que:

“(i) los argumentos del accionante en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela deben ser consistentes; (ii) no deben existir alegaciones nuevas, que debieron ser argumentadas en el incidente de desacato; y (iii) no se puede recurrir a la solicitud de nuevas pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no tenía que practicar de oficio”⁵².

6.4. Límites y facultades del juez cuando resuelve una acción de tutela contra la providencia que pone fin a un incidente de desacato.

6.4.1. La jurisprudencia constitucional ha aclarado que el juez de tutela que decida sobre la procedencia y prosperidad de la acción de amparo contra decisiones proferidas durante el trámite incidental de desacato “no podrá reabrir el debate constitucional dado con ocasión de la acción de tutela anterior, pues su análisis se encuentra limitado por las decisiones proferidas durante el trámite de desacato en cuestión, esto, con relación a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante”⁵³. Por lo tanto, no está facultado para revisar la decisión original de amparar el derecho ni cambiar el alcance o contenido sustancial de las órdenes proferidas por el juez de tutela cuyo desacato se analiza, ya que con relación a éstas opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

6.4.2. De igual forma, esta Corporación ha reiterado que el juez constitucional, cuando conoce y estudia la procedencia del recurso de amparo contra desacatos, debe limitarse a estudiar: (i) si la autoridad judicial que resolvió el incidente procedió de acuerdo con la decisión de tutela objeto de análisis; (ii) si se garantizó el debido proceso de los intervinientes; y (iii) si la sanción impuesta no fue arbitraria. Así lo sostuvo, por ejemplo, en la Sentencia T-171 de 2009, al indicar:

“25.- Según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, el juez constitucional cuando conoce y estudia la procedencia del recurso de amparo contra desacatos, debe limitarse a estudiar:

(i) si el juez del desacato actuó de conformidad con la decisión de tutela originalmente proferida;

(iii) si la sanción impuesta - si fuere el caso - no es arbitraria^{54.55}”

Bajo este derrotero, la Corte Constitucional igualmente ha precisado que el juez en estos casos, para poder determinar si existió alguna vulneración de los derechos fundamentales, debe verificar: “a) [la] autoridad a quien estaba dirigida la orden; // b) [el] término otorgado para ejecutarla, // c) [el] alcance de la misma y // d) si el incumplimiento fue integral o parcial”⁵⁶.

6.4.3. En este punto, se hace necesario precisar que el juez para conocer el alcance de la orden de tutela y poder determinar si la autoridad judicial que conoció del trámite incidental de desacato actuó de conformidad, deberá, en aquellos casos en que la orden sea compleja o poco precisa, identificar la “ratio decidendi” (razón de la decisión), entendiendo por ella “la formulación general (...) del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. (...) [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”⁵⁷.

7. Análisis del caso concreto.

El señor Luis Eduardo Belalcázar Garay, obrando en condición de miembro de la Unión Temporal Aguas de Armenia y como representante de los demás integrantes de esa entidad solicita, entre otras cosas, el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que considera vulnerados por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, mediante su providencia de fecha 4 de junio de 2010, por la cual declaró que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. cumplió la sentencia de tutela proferida en primera instancia por ese mismo juzgado el 21 de agosto de 2009, confirmada parcialmente por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, mediante sentencia del 2 de octubre del mismo año, y se abstuvo de imponer las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

No cabe duda entonces que la acción de tutela se dirige en este caso contra una providencia judicial, específicamente contra la proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia el 4 de junio de 2010, que decidió el incidente de desacato. Siendo así las cosas, corresponde a esta Sala de Revisión determinar, con fundamento en la jurisprudencia constitucional previamente analizada y en los elementos probatorios que contiene la actuación, si el juzgado accionado, con la providencia mencionada, ha vulnerado realmente a

los actores los derechos fundamentales que reclaman, teniendo en cuenta que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que deciden un incidente de desacato es excepcional y que procede siempre y cuando: (i) la decisión proferida en el trámite del desacato se encuentre ejecutoriada; (ii) concurren todas las causales genéricas; y (iii) se configure por lo menos una de las causales específicas o defectos graves que hacen procedente la acción de tutela contra una providencia judicial, respetando en todo caso el alcance y las órdenes de la sentencia de tutela presuntamente incumplida.

7.1. La decisión proferida en el trámite del desacato se encuentra ejecutoriada.

La providencia de fecha 4 de junio de 2010, dictada por el Juez Primero Civil Municipal de Armenia, declaró cumplido el fallo de tutela emitido por ese mismo juzgado el 21 de agosto de 2009 y se abstuvo de imponerle al Gerente General y a los integrantes de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 199158. Según esa misma norma, se trata de una providencia contra la cual no procede ningún recurso ordinario ni extraordinario, ni el grado de consulta, razón por la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

7.2. Causales genéricas de procedibilidad.

7.2.1. Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas.

Los accionantes afirman que el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, en la providencia del 4 de junio de 2010, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en cuanto declaró que Empresas Públicas de Armenia E.S.P., con la expedición de la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, cumplió y no desató la sentencia de tutela emitida por ese juzgado el 21 de agosto de 2009, parcialmente confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre del mismo año.

Es evidente que esos derechos no son meramente de orden legal, sino que tienen carácter fundamental, según lo dispuesto en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, lo que evidencia la relevancia constitucional del caso, más allá de la controversia de derecho administrativo y/o comercial que subyace, por cuanto lo que se debate es la motivación de la decisión que resolvió no sancionar por desacato, cuya fundamentación los accionantes tildan

de desacertada por incurrir en vía de hecho.

7.2.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

Como ya se anotó, la providencia de fecha 4 de junio de 2010, proferida por el Juez Primero Civil Municipal de Armenia, no es susceptible de ningún recurso, ni del grado de consulta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Se observa que los actores presentaron la acción de tutela el 24 de junio de 2010⁵⁹. Es decir, 20 días después del proferimiento de la decisión cuestionada. Por tanto, es indiscutible que concurre el requisito de inmediatez.

7.2.4. No se trata de sentencia de tutela.

Si bien la Corte Constitucional ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, también ha sostenido que se puede acudir a dicha acción contra providencias que deciden un incidente de desacato, por tratarse de situaciones distintas que no deben confundirse⁶⁰. En este sentido la Corte expresa en sentencia T-684 de 2004:

“3. La acción de tutela procede contra incidentes de desacato, cuando en su trámite puede evidenciarse una vía de hecho.

En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla - Sala Civil, y denegó el amparo solicitado, argumentando que la acción de tutela es improcedente contra incidentes de desacato, de acuerdo a lo señalado en la sentencia SU - 1219 de 2001.

A juicio de esta Sala, esa interpretación es equivocada, por cuanto en la sentencia de unificación citada, la Corte consideró que la acción de tutela era improcedente contra fallos de tutela. Lo anterior no implica, como procederá a verse, que la acción de tutela sea también improcedente contra los incidentes de desacato, con los cuales busca sancionarse a quien ha incumplido un fallo de tutela.

(...)

Pero como es bien sabido, la acción de tutela y el incidente de desacato, aunque establecen

entre sí una estrecha relación, no pueden confundirse. Por un lado, la tutela, de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 superior, es una acción cuya naturaleza consiste en posibilitar que en cualquier momento y lugar, las personas reclamen ante los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. En esa misma disposición, se determina igualmente que “La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

(...)

Por el contrario, el incidente de desacato tiene como objeto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sancionar con arresto hasta de seis meses, y multa de hasta 20 salarios mínimos mensuales a la persona que incumpla una orden de un juez, proferida en una sentencia de tutela. La figura del desacato, como fue precisado en la sentencia T - 188 de 2002 citada, es entonces una medida que tiene un carácter coercitivo, para “sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectivo la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo.”. Contra la decisión del juez constitucional, de imponer las sanciones por estar demostrada la existencia del desacato, procede la consulta ante el superior jerárquico. Y contra esas decisiones, tal y como lo señaló la sentencia T - 766 de 1998, no procede recurso alguno, pues la legislación no contempla esta posibilidad. De igual forma, y a diferencia de lo que ocurre con las decisiones de tutela, los incidentes de desacato no deben ser enviados a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁶¹.

(...)

Estas notables diferencias entre la acción de tutela y el incidente de desacato, permiten afirmar que los criterios señalados por la Sala Plena de ésta Corporación en la sentencia SU - 1219 de 2001 no son aplicables al caso en estudio. Por el contrario, de acuerdo a como ha sido señalado en decisiones posteriores a la decisión de unificación citada, como por ejemplo en la sentencia T-188 de 2002, la acción de tutela procede excepcionalmente contra las decisiones tomadas en el curso de un incidente de desacato, si puede verificarse la existencia de una vía de hecho⁶².” Subrayas fuera de texto.

7.2.5. Los actores han identificado de forma razonable los hechos que generan la violación, la cual no les fue posible alegarla en el incidente de desacato.

Efectivamente, los accionantes enumeran y explican los hechos de los cuales derivan la pretendida vulneración de sus derechos fundamentales, que no tuvieron oportunidad de exponer y debatir en el incidente de desacato, porque se habría originado en la decisión final que carece de recursos y del grado de consulta.

7.3. Causales específicas de procedibilidad.

Los demandantes alegan que la providencia del 4 de junio de 2010, emitida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, adolece de defecto sustantivo, fáctico, “fáctico operativo” y “fáctico sustantivo”, por varios motivos, razones por las cuales deviene arbitraria y violatoria de sus derechos fundamentales al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia.

En la medida en que la acción de tutela no está sujeta a complejas exigencias técnicas, sino que en su trámite rige el principio de informalidad, la Sala abordará el estudio de este caso en la forma que considera más adecuada a las acusaciones elevadas por los accionantes, reconduciendo el análisis del caso concreto bajo los siguientes ejes temáticos:

(i) Defecto fáctico por: (a) haberse dado un valor probatorio equivocado a la sentencia de tutela de primera instancia, proferida por el mismo juzgado el 21 de agosto de 2009 y a la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P.; y (b) no haberse dado valor probatorio a la sentencia de tutela de segunda instancia, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre de 2009, especialmente lo resuelto en su numeral 2.

(ii) Defecto sustantivo por: (a) errónea interpretación y aplicación del principio de planeación en el ejercicio de la administración pública, (b) indebida aplicación del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, (c) errónea interpretación de la Ley 142 de 1994 y (d) errónea interpretación de los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo, 845, 846, 857, 860 y 861 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil.

Para determinar si los accionantes tienen razón en esos puntos la Sala entra a analizar a continuación el alcance de las decisiones tomadas en las sentencias de tutela de primera y segunda instancia.

7.3.1. Alcance de la sentencia de primera instancia proferida en la acción de tutela adelantada por Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P. contra Empresas Públicas de Armenia y otros.

La Sala constata que el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, en su sentencia del 21 de agosto de 2009, resolvió:

“Primero.- Conceder amparo al derecho fundamental al DEBIDO PROCESO a favor de la Empresa INGENIERÍA TOTAL SERVICIOS PÚBLICOS S.A. ESP y a las demás personas naturales y jurídicas que como ella, hacen parte integrante de la denominada UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE ARMENIA como intervinientes en el proceso licitatorio No 001 de 2007, convocado por las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA Q. EPA E.S.P.

Segundo.- Se ordena levantar la medida provisional decretada en estas diligencias y comunicada al señor Gerente de las EMPRESAS PUBLICAS DE ARMENIA Q. EPA E.S.P. mediante Oficio 931 de Julio 14 del año en curso.

Tercero.- Se ordena a las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA Q. EPA E.S.P., que estando agotadas las etapas previas correspondientes, continúe con el proceso licitatorio convocado mediante la licitación pública No 001 de 2007, y por lo tanto, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolverle de fondo y de manera definitiva, la vinculación dentro de la misma a la denominada UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE ARMENIA, como único proponente habilitado dentro de la misma licitación.

Cuarto.- Comunicar esta decisión a los intervinientes.

Quinto.- De no ser impugnado éste fallo envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”⁶³

Para llegar a estas conclusiones dicha providencia tiene en cuenta en la parte motiva, entre otras, las siguientes premisas:

“(…) No obstante lo anterior, respecto al contrato Estatal, deben considerarse además, otras prerrogativas adicionales que le deben orientar, derivadas especialmente del interés público que conllevan⁶⁴, dentro de las cuales sobresale la potestad de ‘control’ y de ‘dirección’ para el Ente estatal, que sin menoscabar los intereses del otro contratante, permita tomar todas las medidas preventivas y los correctivos que aseguren la finalidad del contrato, y de modo especial cuando éste se encuentra referido a la prestación de servicios públicos esenciales. (…)⁶⁵” (subrayas fuera de texto).

(ii) La acción de tutela, por regla general, no es procedente para resolver controversias contractuales o precontractuales de carácter administrativo, dada su naturaleza subsidiaria y residual, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable por vulneración de un derecho fundamental. Sobre este punto dice la sentencia:

“Respecto a los actos precontractuales de la administración, la regla general es que no puede suplirse el control administrativo que debe ser ejercido mediante la vía gubernativa o la contenciosa, a través de la acción de tutela, y únicamente ante la existencia de un perjuicio irremediable, es posible soslayar esa vía ordinaria. Al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

‘La regla general que ha fijado la Corte es que no procede la acción de tutela frente a actos contractuales o precontractuales, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales de defensa. Procede sin embargo, la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable casos en los cuales el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7. Del decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (art. 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el

proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”⁶⁶ (Subrayas fuera de texto original).

(iii) Por disposición del artículo 29 Superior, el debido proceso también rige en las actuaciones administrativas. La sentencia expresa en lo pertinente:

“(…) la Administración tiene la obligación de hacer la planeación de los contratos y para el caso particular de los procesos licitatorios, se impone la necesidad de que todas y cada una de sus etapas no solamente reflejen los aludidos principios, sino también las garantías legales, y constitucionales de los sujetos intervinientes dentro de la misma, particularmente que la actividad que al interior de la misma se produzca, refleje también el respeto a derechos como el debido proceso en concordancia con los principios en mención. La Corte Constitucional expresa sobre el particular:

‘...De lo dicho y de la jurisprudencia transcrita hasta ahora, quiere la Sala destacar las siguientes conclusiones: (i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, ya que se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; (...)”⁶⁷ (Subrayas fuera de texto).

(iv) Al juez de tutela no le está permitido valorar o precisar cuál debe ser la conducta que debe tomar Empresas Públicas de Armenia E.S.P. en relación con el proceso licitatorio, ni controvertir la legalidad de las diferencias contractuales surgidas en él. Sobre este particular la sentencia refiere:

“Si bien es cierto que a través de las presentes diligencias no es permisible entrar a valorar, controvertir o precisar cuál ha de ser la conducta que para el caso deba tomar la Empresa accionada respecto a la licitación por ella convocada, (...) ni a controvertir los actos emitidos en el mismo proceso, o incluso a considerar los efectos que en estas diligencias pudieran tener las manifestaciones públicas que la parte accionante le atribuye tanto a la señora

Alcaldesa del Municipio de Armenia, como al señor gerente de las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA EPA EPS acerca de la posible no adjudicación del contrato de concesión a que alude la referida licitación, pues (...) la posibilidad de aplicar la tutela aún como mecanismo transitorio no es admisible frente a meras expectativas o hechos hipotéticos, o como mecanismo para controvertir la legalidad de las diferencias contractuales (...)”⁶⁸ (Subrayas fuera de texto original).

(v) Existe un vacío consistente en la falta de concreción del término en que el proceso licitatorio debe definirse, el cual no se puede solucionar con el cronograma inicialmente implementado en el pliego de condiciones, ni con las normas, generando indefinición, incertidumbre e inseguridad para los participantes, lo que afecta de manera directa su derecho al debido proceso. En este sentido la sentencia dice:

“No obstante que en términos generales, no puede ser del conocimiento del juez constitucional, el contenido de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la ejecución de un contrato estatal, y en especial, de los relacionados con un proceso licitatorio, dados los controles administrativos existentes, respecto al proceso licitatorio abierto por las EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA EPA ESP, es evidente la existencia de un vacío respecto a la concreción del término en que el mismo se defina, dado que ni del cronograma inicialmente implementado en el pliego de condiciones, ni de la normativa, puede hacerse tal concreción, y hasta ahora la Empresa convocante incurre en omisión, al no fijar los parámetros respectivos y particularmente la determinación del tiempo en que ello deba hacerse; lo anterior lógicamente genera un estado de incertidumbre, de inseguridad y de indefinición, que da al traste con los principios de eficacia, transparencia, responsabilidad y celeridad pertenecientes a la actividad administrativa, y que afectan de manera directa el debido proceso (...)”⁶⁹ (Subrayas fuera de texto).

Queda así claro que esta providencia no solamente levanta la suspensión del proceso licitatorio y ampara el derecho al debido proceso, sino que ordena a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. que continúe el proceso convocado por la licitación número 001 de 2007 y que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del fallo, proceda a resolver de fondo y de manera definitiva la vinculación de Unión Temporal Aguas de Armenia como único proponente habilitado. Además, fundamenta esas decisiones en estas consideraciones esenciales: (a) la licitación número 001 de 2007 es un proceso administrativo regulado, no

por el derecho privado, sino por el derecho público, especialmente por el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993; (b) la acción de tutela no es procedente para dirimir controversias surgidas del proceso licitatorio, a menos que dé origen a un perjuicio irremediable por violación de algún derecho fundamental; (c) que la vulneración del debido proceso administrativo consiste en este caso en la omisión de Empresas Públicas de Armenia en fijar los parámetros del proceso licitatorio y en concretar el término de definición del mismo, omisión que ha generado un estado de indefinición, incertidumbre e inseguridad para los participantes, que no es posible solucionar con el cronograma inicialmente implementado en el pliego de condiciones, ni con el sistema normativo; y (d) que al juez de tutela no le corresponde entrar a valorar, controvertir o precisar cuál debe ser la conducta a seguir por Empresas Públicas de Armenia en relación con la forma de terminación del proceso licitatorio.

7.3.2. Alcance de la sentencia de segunda instancia proferida en la acción de tutela adelantada por Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P. contra Empresas Públicas de Armenia y otros.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, en sentencia del 2 de octubre de 2009, resolvió:

“1.- Confirmar los numerales primero, segundo, cuarto y quinto del fallo proferido el veintiuno (21) de agosto del dos mil nueve (2009) por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia Quindío.

2.- Revocar el numeral tercero de dicha providencia y en su lugar, se dispone: ordenar a la EPA ESP, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a este fallo, expida el acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de Licitación Nacional No. 001 de 2007, con el fin de finiquitar el periodo precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de dos (2) meses.

3. Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de las dos (2) días siguientes a la notificación que de este fallo se haga a las partes.”⁷⁰

(i) El juez de tutela no puede indicar el sentido de la decisión con la que culmine el proceso licitatorio. En relación con este aspecto señala:

“El actor considera que se le están amenazando sus derechos fundamentales al realizarse manifestaciones que claramente determinan que el proceso licitatorio terminará con la declaratoria de desierta de la misma; ahora bien, tal es una posibilidad dentro del trámite, aunque no deseable para los intereses del accionante, sin que sea este el estadio pertinente para determinar si con tal decisión en el futuro se afectarían derechos de otra índole; ya que el Juez de tutela no puede dentro de ningún procedimiento indicar el sentido de la decisión con la que se culmine.”⁷¹ (Subrayas fuera de texto original).

(ii) La falta de culminación del proceso licitatorio, mediante adjudicación, declarándolo desierto, o por cualquier otra causa, ha generado incertidumbre para los intervinientes, lo cual vulnera su derecho al debido proceso. Específicamente refiere:

“(…) [L]a falta de culminación del proceso licitatorio sí puede estar lesionando ese derecho fundamental al debido proceso, pues ante la incertidumbre, como bien lo menciona el Juez de instancia, no pueden la entidad accionante y sus litisconsortes por activa, tener una preparación clara respecto a las actividades o procedimientos a seguir según sea la decisión, de adjudicar, declarar desierta o cualquiera otra que ponga fin a tal procedimiento; la que es necesaria en caso de considerar que se han vulnerado otros derechos, tener la posibilidad de ejercer las acciones legales correspondientes.(…)”⁷².

(iii) La resolución número 0218 del 20 de abril de 2009, expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., suspendió por 3 meses la licitación pública 001 de 2007 y en su numeral segundo ordenó que, una vez vencido ese término, se indicará el trámite a seguir. Ese término de 3 meses de suspensión venció el 20 de julio de 2009. Esto quiere decir que el proceso licitatorio no está suspendido y por éste motivo existe carencia actual de objeto. Pero, como no hay constancia de que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. haya proferido el acto administrativo debidamente motivado señalando el cronograma a seguir en el proceso licitatorio después de haber vencido el término de suspensión de 3 meses ordenado en la resolución número 0218 de 2009, tal omisión genera incertidumbre para los concursantes y viola el derecho fundamental al debido proceso a los accionantes, toda vez que la culminación de la licitación no puede tornarse indefinida. Concretamente anota:

“La resolución 0218 del 20 de abril de 2009, emanada del Gerente General de la Empresas

Públicas de Armenia ESP, suspende hasta por un periodo de tres meses la Licitación Pública 001 de 2007, (...) y prevé que vencido el término de suspensión, mediante acto administrativo debidamente motivado, se indicará el trámite a seguir dentro del proceso, suspensión que empezó a regir en la fecha antes dicha.

Tal término venció el 20 de julio de 2009, lo que quiere decir, que el trámite de la licitación no se encuentra en este momento suspendido y por tanto se configura la carencia actual de objeto, en razón a este hecho.

A pesar de lo dicho, como se hizo alusión anteriormente a la incertidumbre temporal, luego de vencido este término, las partes intervinientes en el proceso Licitatorio están a la espera de su continuación la que no puede tornarse indefinida.

No está acreditado en el proceso que, luego del 20 de julio de 2009, se halla (sic) proferido la decisión de que trata el artículo segundo de la mencionada Resolución, hecho éste que sí vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pues, si bien, allí no se menciona que vencido el término se tomará la decisión de fondo correspondiente prevé que se procederá a indicar el trámite a seguir, lo que no ha ocurrido.

En consecuencia, al haber transcurrido más de dos (2) meses desde el vencimiento de la suspensión de la licitación a la fecha de proferimiento de este fallo, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso invocado por la parte accionante, por lo que en efecto procede su amparo, lo que lleva a confirmar la decisión en este aspecto.”⁷³ (Subrayas fuera de texto original).

Conviene aclarar que la resolución número 218 de 2009, a la cual se refiere la sentencia, fue expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia y dice en su parte resolutive:

“ARTÍCULO PRIMERO: Suspender hasta por un período de tres meses (3), la licitación Pública No.001 de 2007, cuyo objeto es ‘LA CONTRATACIÓN DE UN OPERADOR CON RESPONSABILIDADES DE INVERSIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA QUINDÍO Y EL FONDEO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO QUE CONTRIBUYA AL PAGO DEL PASIVO PENSIONAL’, tiempo durante el cual la entidad hará el

análisis y evaluación de los hechos indicados en el numeral 9 de los considerandos.

ARTÍCULO SEGUNDO: Una vez vencido el término de suspensión, Empresas Públicas de Armenia ESP, mediante acto administrativo debidamente motivado, indicará el trámite a seguir dentro del proceso de Licitación Nacional No.001 de 2007. (...)”74.

De acuerdo con el texto de la misma sentencia, claramente se deduce: (a) que confirma lo resuelto en los numerales primero, segundo, cuarto y quinto del fallo de primera instancia; y (b) que revoca lo decidido en el numeral tercero del mismo, ordenando, en su lugar, que Empresas Públicas de Armenia ESP, dentro de las 48 horas siguientes al fallo, expida un acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de licitación número 001 de 2007, con el objeto de finiquitar el período precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar el término de 2 meses. No queda ninguna duda, entonces, que esta orden (y no la del numeral tercero del fallo de tutela de primera instancia) es la que debe cumplir Empresas Públicas de Armenia E.S.P..

Igualmente se observa que dicha sentencia contiene las siguientes motivaciones fundamentales: (a) que el juez de tutela no puede indicarle o sugerirle a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. la manera como puede culminar el proceso licitatorio, pero le aclara que esa terminación puede ser por adjudicación, declarándolo desierto o de cualquier otra forma; y (b) que la vulneración del debido proceso de los accionantes consiste en que la entidad accionada no le ha dado cumplimiento a lo resuelto en el numeral segundo de la resolución número 0218 del 20 de abril de 2009, cuyo texto se acaba de transcribir.

Es decir, que el numeral 2 de la parte resolutive del fallo de tutela de segunda instancia modifica sustancialmente lo decidido en el numeral tercero de la sentencia de tutela de primera instancia en el sentido de que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. debe expedir “el acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de Licitación Nacional No. 001 de 2007, con el fin de finiquitar el periodo precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de dos (2) meses”. Esta es la decisión final de la sentencia de tutela de segunda instancia que debe ser cumplida por Empresas Públicas de Armenia E.S.P., porque se encuentra debidamente ejecutoriada.

7.3.3. EL Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia incurrió en defecto fáctico por: (i) haber dado un valor probatorio equivocado a la sentencia de tutela de primera instancia, proferida

por el mismo juzgado el 21 de agosto de 2009 y a la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P.; y (ii) no haberle dado valor probatorio a la sentencia de tutela de segunda instancia, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 2 de octubre de 2009, especialmente lo resuelto en su numeral 2.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, en providencia del 4 de junio de 2010, resolvió:

“1. Declarar que las Empresas Públicas de Armenia. E P A E.SP., cumplió el fallo de tutela proferido por este despacho el 21 de agosto de 2009.

2. Abstenerse de imponer las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, al Gerente General de las Empresas Públicas de Armenia, E P A E.S.P. y a los integrantes de la Junta Directiva de dicha entidad por razón del incidente de desacato promovido por la Unión Temporal Aguas de Armenia (...).”⁷⁵

A simple vista se observa que la parte resolutive de esta providencia se refiere exclusivamente a la sentencia de tutela de primera instancia, emitida por ese mismo juzgado el 21 de agosto de 2009, desconociendo totalmente lo ordenado en el numeral 2 de la sentencia de tutela de segunda instancia, de fecha 2 de octubre de 2009, que revocó o modificó lo resuelto en el numeral tercero de la sentencia de tutela de primer grado, en el sentido de “ordenar a la E P A E.S.P., que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al fallo, expida el acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso Licitatorio Nacional No. 001 de 2007, con el fin de finiquitar el período precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de dos (2) meses”⁷⁶.

Cabe precisar que no se trata de una simple omisión formal, sino de una falta de análisis y de aplicación real de esa parte de la sentencia de tutela de segunda instancia, pues la providencia del 4 de junio de 2010 no examina, ni tiene en cuenta, que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. no ha expedido el acto administrativo debidamente motivado, señalando el cronograma a seguir en el proceso licitatorio.

Por otra parte, la providencia del 4 de junio de 2010 dice en la parte motiva:

“Si bien es cierto el curso normal del proceso licitatorio, después de calificadas las propuestas, es la adjudicación del contrato ello no es obstáculo para que dicho proceso tome otro rumbo por el ejercicio de potestades administrativas, siempre que las mismas se ejerzan de acuerdo con la ley, de esta forma, la revocatoria del acto de apertura conlleva una terminación anormal del proceso pero no por ello deja de resolver en forma material, la situación del proponente, cuestión diferente es que dicho proponente esté en desacuerdo con tal resolución.

(...)

Por las razones expuestas, la revocatoria del acto de apertura de la licitación resuelve la situación del proponente y termina el estado de incertidumbre al cual fue sometido con la suspensión indefinida del proceso de selección. Tal decisión, bajo un examen preliminar, no desconoce en forma evidente e incuestionable el ordenamiento jurídico ni quebranta de manera flagrante reglas de competencia, procedimientos o normas sustantivas de modo que pueda desvirtuarse, a primera vista, la presunción de legalidad que la ampara, así, evaluada bajo los restringidos parámetros de éste trámite incidental la citada revocatoria resulta idónea para cumplir el fallo que amparó los derechos del accionante.”⁷⁷

Es incuestionable que las expresiones “la revocatoria del acto de apertura de la licitación” y “tal decisión” a que se refiere la providencia del 4 de junio de 2010, aunque no la citan por su nombre específico, corresponde sin duda a la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, expedida por el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., que también obra en copia y dice en su parte resolutive:

“ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR la Resolución No.0036 de enero 23 de 2007 que ordenó la apertura de la licitación pública No.001 de 2007, cuyo objeto es la selección de un operador con responsabilidades de inversión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias, en el Municipio de Armenia, Quindío y el fondeo del patrimonio autónomo que contribuye al pago del pasivo pensional.”⁷⁸

De acuerdo con estos elementos de juicio, se observa que la resolución número 0532 fue

expedida el día 1 de octubre de 2009 y que la sentencia de tutela de segunda instancia se profirió un día después, esto es, el 2 de octubre de 2009. Por lo tanto, era físicamente imposible que con dicha resolución Empresas Públicas de Armenia E.S.P. le diera cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela de segunda instancia, por ser ésta posterior a aquélla. Ante la nueva realidad, lo que Empresas Públicas de Armenia E.S.P. ha debido hacer era ajustar su acto administrativo a lo resuelto por el juez de tutela de segunda instancia.

Esto indica que la providencia del 4 de junio de 2010 le dio a la resolución número 0532 de 2009 un valor probatorio que realmente no tiene para demostrar el cumplimiento de lo ordenado en el numeral 2 de la sentencia del 2 de octubre de 2009, que revocó el numeral tercero del fallo del 21 de agosto de 2009.

De tal manera que, de acuerdo con la sentencia de tutela de segunda instancia, es obligatorio e ineludible para Empresas Públicas de Armenia E.S.P. reanudar primero el proceso licitatorio, mediante un acto administrativo debidamente motivado que señale el cronograma a seguir en él, y luego sí, en desarrollo del mismo, tomar la decisión definitiva que corresponda, “ya que el Juez de tutela no puede dentro de ningún procedimiento indicar el sentido de la decisión con la que se culmine.”⁸²

Considera la Sala que este es el verdadero alcance de las órdenes dadas en la sentencia de tutela de segunda instancia, específicamente de lo resuelto en su numeral segundo, la cual, se repite, no ha sido cumplida por Empresas Públicas de Armenia E.S.P., ya que no expidió oportunamente “el acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de Licitación Nacional No. 001 de 2007, con el fin de finiquitar el periodo precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de dos (2) meses”.

Ahora bien, esos errores fácticos condujeron al juez que decidió el incidente de desacato a tomar una decisión igualmente equivocada, como fue “[d]eclarar que las Empresas Públicas de Armenia, EPA E.S.P., cumplió el fallo de tutela proferido por este despacho el 21 de agosto de 2009 (...)”, dejando de aplicar en esa forma la sentencia de tutela de segunda instancia, incurriendo en clara violación del debido proceso y olvidando, además, que la principal obligación del juez constitucional consiste en hacer cumplir la orden de tutela y exigir su

efectiva materialización⁸³.

7.3.4. El Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia no incurrió en defecto sustantivo por errónea interpretación y aplicación del principio de planeación en el ejercicio de la administración pública, por indebida aplicación del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, por errónea interpretación de la Ley 142 de 1994 y por errónea interpretación de los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo, 845, 846, 857, 860 y 861 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil.

La providencia del 4 de junio de 2010 no adolece de defecto sustantivo por errónea interpretación y aplicación del principio de planeación en el ejercicio de la administración pública, por indebida aplicación del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, por errónea interpretación de la Ley 142 de 1994 y por errónea interpretación de los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo, 845, 846, 857, 860 y 861 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil, porque, según se ha reseñado, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, dada la naturaleza especial que tiene el incidente de desacato, el juez que conoce del mismo no puede volver sobre los juicios o las valoraciones que hayan sido objeto de debate de tutela, y mucho menos sobre los que no lo han sido, ya que ello implicaría revivir un proceso concluido, afectando de esa manera la institución de la cosa juzgada. De acuerdo con esto, el ámbito de acción del juez en este caso está definido por el alcance del fallo correspondiente⁸⁴.

Como se ha visto, la sentencia de tutela del 21 de agosto de 2009 sostiene que esa licitación se rige por las normas de derecho público, como la Ley 80 de 1993⁸⁵, y el juez de segunda instancia confirmó esas consideraciones. De tal manera que, independientemente de que dichas valoraciones jurídicas sean o no acertadas, el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia no incurre en defecto sustantivo al proferir la providencia del 4 de junio de 2010 por seguir la misma línea argumentativa de esas sentencias en relación con el régimen jurídico aplicable al proceso licitatorio número 001 de 2007, ya que no podía reabrir el debate sobre los mismos temas y mucho menos sobre los que no habían sido tratados en ellas.

7.3.5. El Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia no vulneró ningún derecho fundamental a los accionantes al abstenerse en el numeral segundo de la providencia de fecha 4 de junio de 2010 de imponer sanción por desacato a Empresas Públicas de Armenia E.S.P..

De acuerdo con la jurisprudencia reseñada, para que el juez pueda sancionar por desacato “siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento”⁸⁶, siendo indispensable establecer si el sujeto obligado ha adoptado alguna conducta positiva de la cual pueda inferirse que ha obrado con el ánimo de evadir los mandatos de una autoridad judicial (culpa o dolo) o si, por el contrario, ha obrado de buena fe⁸⁷.

En orden a dilucidar este aspecto es preciso recordar que el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, en la sentencia del 21 de agosto de 2009, en su numeral tercero, le había ordenado a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. que “estando agotadas las etapas previas correspondientes, continúe con el proceso licitatorio convocado mediante la licitación pública No 001 de 2007, y por lo tanto, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolverle de fondo y de manera definitiva, la vinculación dentro de la misma a la denominada UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE ARMENIA, como único proponente habilitado dentro de la misma licitación”⁸⁸.

Por su parte, el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., en oficio GG 0949 del 7 de octubre de 2009, dirigido al Juzgado Primero Civil del Circuito de esa ciudad, le hace saber que:

“[U]n día antes de que su Despacho produjera el fallo de segunda instancia, la Empresa, mediante la resolución número 0532 de esa fecha, decidió de fondo la suerte del procedimiento de selección. (...) Por consiguiente, al día de hoy y desde antes que el Juzgado diera la orden que estoy comentando, la Empresa había finiquitado el procedimiento comenzando hace más de dos años (...).

6. Significa lo anterior que la Empresa a mi cargo no debe tomar, a nuestro entender, ninguna decisión adicional para cumplir el fallo anotado. PERO SI ASI NO FUERA Y NUESTRO ENTENDIMIENTO ESTUVIESE EQUIVOCADO, RUEGO AL SEÑOR JUEZ INDICARNOS EL CAMINO A SEGUIR PARA NO INCURRIR EN DESACATO.”⁸⁹

Esta manifestación del Gerente General de esa empresa encuentra respaldo en la copia de la citada resolución número 0532, que efectivamente tiene fecha 01 de octubre de 2010, es

decir, un día antes de haberse proferido la sentencia de tutela de segunda instancia, habiendo resuelto “REVOCAR la resolución No. 0036 de enero 23 de 2007 que ordenó la apertura de la licitación pública No. 001 de 2007”⁹⁰.

Dentro de este contexto es razonable pensar que el Gerente General de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., al expedir la resolución número 0532, quiso darle cumplimiento a la orden que le impartió el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia en la sentencia del 21 de agosto de 2009 en el sentido de resolver de fondo y de manera definitiva, dentro de los 30 días siguientes, la vinculación de Unión Temporal Aguas de Armenia dentro del proceso de licitación; y que, después de proferida la sentencia de segunda instancia el 2 de octubre de 2010, no tenía seguridad acerca del procedimiento a seguir por la Empresa.

En tales condiciones, no está probado el dolo, ni la culpa grave del Gerente General y de los miembros de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Armenia E.S.P., y por ello no es posible sancionarlos por desacato.

Desde este punto de vista la Sala considera acertado lo que decidió el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia en el numeral 2 de su providencia del 4 de junio de 2010, razón por la cual no existe vulneración al debido proceso de los accionantes por este motivo.

7.3.6. En conclusión, en este caso procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, que está siendo vulnerado por la providencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia el 4 de junio de 2010, específicamente por su numeral 1, que declaró cumplido el fallo de tutela.

7.3.7. Ahora bien, las consideraciones que se han hecho en esta providencia llevan a la Sala a:

(i) Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil-Familia-Laboral, de fecha 5 de agosto de 2010, que revocó la de primera instancia emitida el 9 de julio de 2010 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad; y, en su lugar, tutelar a favor de los accionantes su derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, por medio de la providencia de fecha 4 de junio de 2010.

(ii) Revocar lo resuelto en el numeral 1. de la providencia del 4 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, y en su lugar, ordenar a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. que revoque la resolución número 0532 del 1 de octubre de 2009, que revocó la resolución número 0036 del 23 de enero de 2007; y expida un acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de licitación nacional número 001 de 2007, con el objeto de finiquitar el periodo precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de 2 meses.

(iii) Confirmar lo resuelto en el numeral 2. de la providencia del 4 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,
administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR los términos suspendidos mediante Auto del 11 de marzo de 2011.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil-Familia-Laboral, de fecha 5 de agosto de 2010, que revocó la de primera instancia emitida el 9 de julio de 2010 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad. En su lugar, TUTELAR a favor de Luis Eduardo Belalcázar Garay, Inversiones Zárate Gutiérrez & Cía. S.C.S., Ingeniería Total Servicios Públicos S.A. E.S.P., Aguas de la Península S.A. E.S.P. y Aguas del Sur de la Guajira S.A. E.S.P., su derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, por medio de la providencia de fecha 4 de junio de 2010, proferida dentro del incidente de desacato promovido por Luis Eduardo Belalcázar Garay y otros contra el Gerente General de de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y otros.

TERCERO.- REVOCAR lo resuelto en el numeral 1. de la providencia del 4 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, y en su lugar, ORDENAR a Empresas Públicas de Armenia E.S.P. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, revoque la resolución número 0532 del 1 de octubre

de 2009, que revocó la resolución número 0036 del 23 de enero de 2007; y expida un acto administrativo debidamente motivado, indicando el cronograma a seguir dentro del proceso de licitación nacional número 001 de 2007, con el objeto de finiquitar el periodo precontractual, sin que la etapa faltante pueda superar un término de dos (02) meses.

CUARTO.- CONFIRMAR lo resuelto en el numeral 2. de la providencia del 4 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaría General que, dejando las respectivas constancias, devuelva al Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia el expediente del proceso de tutela número 630014003001-2009-00-346-00, instaurado por Ingeniería Total Servicios Públicos contra la Alcaldía de Armenia y otros, el cual fue remitido a esta Sala en calidad de préstamo.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-512/11

Referencia: expediente T-2836952

Acción de tutela de Luis Eduardo Belalcázar Garay y otros contra el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia

Magistrado ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de las resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que existían razones que justificaran invalidar la interpretación que dentro de un asunto de su competencia efectuó el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones⁹¹, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 18 a 20) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento⁹², de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-939 de 2009.

4 “Artículo 25. Protección Judicial. ¶ 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. ¶ 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

5 Incorporado al derecho colombiano por la Ley 74 de 1968.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2010.

7Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T- 008 de 1998, T-567 de 1998, T-960 de 2000, T-1009 de 2000, T-1031 de 2001, SU-014 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, SU-058 de 2003, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-598 de 2003, T-420 de 2003, T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-677 de 2003, T-678 de 2003, T-949 de 2003, T-200 de 2004, T-606 de 2004, T-774 de 2004, T-453 de 2005, T-091 de 2006, SU-540 de 2007, T-793 de 2007, SU-813 de 2007, T-1033 de 2007, SU-038 de

2008, T-1240 de 2008, T-202 de 2009, T-555 de 2009, T-310 de 2009, T-459 de 2009, T-033 de 2010 entre muchas otras.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2010.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-939 de 2009.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2010.

11 “El presupuesto básico para la procedencia del amparo es la vulneración o la amenaza de vulneración a un derecho fundamental y en ese sentido puede anotarse que las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales deben estar inescindiblemente relacionadas con la vulneración de derechos fundamentales, lo que implica que para lograr el amparo constitucional, no basta acreditar la concurrencia de una de las vulneraciones genéricas señaladas –que bien podrían ser subsanadas a través de los mecanismos y recursos ordinarios– es necesario también, que tal defecto en la providencia vulnere derechos fundamentales (Art. 86 C.P.)” Sentencia C-701 de 2004. Ver también Sentencia T-381 de 2004, reiterada en Sentencia T-590 de 2006.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-939 de 2009.

13 Corte Constitucional, Sentencias T-693 de 2009 y T-033 de 2010, entre otras.

14 Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las Sentencias T-784 de 2000, T-1334 de 2001, SU.159 de 2002, T-405 de 2002, T-408 de 2002, T-546 de 2002, T-868 de 2002, T-901 de 2002, entre otras (cita original de la jurisprudencia trascrita).

15 Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260 de 1999, T-488 de 1999, T-814 de 1999, T-408 de 2002, T-550 de 2002, T-054 de 2003 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

16 Al respecto, las sentencias SU-014 de 2001, T-407 de 2001, T-759 de 2001, T-1180 de 2001, T-349 de 2002, T-852 de 2002, T-705 de 2002 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

17 Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260 de 1999, T-814 de

1999, T-784 de 2000, T-1334 de 2001, SU-159 de 2002, T-405 de 2002, T-408 de 2002, T-546 de 2002, T-868 de 2002, T-901 de 2002 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

18 Corte Constitucional, Sentencias T-522 de 2001 y T-462 de 2003 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

19 Corte Constitucional, Sentencias T-939 de 2005 y T-1240 de 2008, entre otras.

20 Corte Constitucional, Auto 010 de 2004.

21 Corte Constitucional, Sentencia T-459 de 2003.

22 Auto de Sala Plena del 17 de febrero de 2004, expediente de tutela T-373655, correspondiente a la Sentencia SU-1185 de 2001.

23 Auto Ibídem.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 2003.

25 Corte Constitucional, Sentencia SU-1158 de 2003.

26 Corte Constitucional, Autos 091 de 2010, 165 de 2009, 079 de 2007, 265, 249 de 2006, 96B de 2005, 010 de 2004, 136A de 2002 y Sentencia T-458 de 2003, entre muchos otros.

27 Cfr. Corte Constitucional SU-1158 de 2003. “para hacer cumplir un fallo de tutela se deben integrar los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991, teniendo como meta el efecto útil de las sentencias”.

28 Corte Constitucional, Auto 265 de 2006.

30 Corte Constitucional, Sentencias T-188 de 2002, T-171 de 2009 y T-123 de 2010, entre otras.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.

32 Sobre este punto consultar Sentencias T-014 de 2009, T-171 de 2009 y T-123 de 2010, entre otras.

33 Ver Sentencia T-421 de 2003 y T-368 de 2005. Adicionalmente, ver artículos 23, 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.

35 Corte Constitucional, ibidem.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 2002.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-1113 de 2005.

38 Ibidem.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003.

40 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-635 de 2001 y T-086 de 2003, ya citada.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-459 de 2003.

42 Cfr. T-1113 de 2005.

43 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.

44 Ibidem.

45 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009. Ver también Sentencias T-368 y T 1113 de 2005, entre otras.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-1113 de 2005.

47 La norma en comento dice: “DESACATO. 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 meses y multa hasta 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 si debe revocarse la sanción”.

48 Cfr. sobre este aspecto, entre otras, las sentencias T-763 de 1998, T-188 de 2002, T-086, T-421, T-459 y T-744 de 2003, T-368, T-939, T-944 y T-1113 de 2005 y T-994 de 2007.

49 Específicamente sobre la legitimación activa de la persona que promovió la primera acción de tutela, ver sentencias T-188 de 2002, T-086 de 2003, T-421 de 2003 y T-1113 de 2005.

50 Corte Constitucional, Sentencias T-421 de 2003 y T-1113 de 2005, entre otras.

51 Corte Constitucional, Sentencias T-171 y T-583 de 2009, entre muchas otras.

52 Corte Constitucional, Sentencia T-1113 de 2005.

53 Corte Constitucional, Sentencia T-944 de 2005.

54 Ver sentencia T- 1113 de 2005.

55 De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: arbitrariedad es acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.
www.rae.com

56 Corte Constitucional, Sentencia T- 652 de 2010.

57 Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999.

58 Folios 104 a 113, cuaderno de tutela.

59 Folio 187, cuaderno de tutela.

60 Corte Constitucional, Sentencias T-763 de 1998, T-188 de 2002, T-553 de 2002, T-421 de 2003, T-684 de 2003 y T-368 de 2005.

61 En el Auto A -005 de 1994, la Corte señaló lo siguiente: “En ningún caso, proferida la decisión por parte del superior jerárquico dentro del respectivo trámite incidental, bien en virtud de haberse formulado apelación o por la consulta hecha por el juez que impuso la sanción, podrá remitirse el expediente, contentivo del proceso de imposición de sanción por desacato, a la Corte Constitucional, para su revisión, por cuanto carece de competencia para

ello. Como se indicó anteriormente, la competencia de la Corte Constitucional en materia de Acciones de Tutela radica únicamente en revisar “eventualmente” los fallos de tutela proferidos por los jueces de la República -numeral 9o. del artículo 241 de la Carta Política y artículos 31 a 34 del Decreto 2591 de 1.991-, y no en revisar la decisión proferida por un juez dentro de un incidente por desacato. En ningún caso puede interpretarse el artículo 52 del Decreto 2591 de 1.991, en el sentido de que esté facultada la Corte Constitucional para intervenir en el proceso incidental de imposición de sanciones por desacato a una orden de un juez proferida dentro de un proceso de tutela.”

63 Folios 85 y 86, cuaderno de tutela número 1.

64 “ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (Rayas del Despacho)”.

65 Folio 71, cuaderno de tutela número 1.

66 Folios 73 y 74, cuaderno de tutela número 1.

67 Folio 75, cuaderno de tutela número 1.

68 Folio 78, cuaderno de tutela número 1.

69 Folio 82, cuaderno de tutela número 1.

70 Folio 103, cuaderno de tutela número 1.

71 Folio 100, cuaderno de tutela número 1.

72 Folio 101, cuaderno de tutela número 1.

73 Folio 102, cuaderno de tutela número 1.

74 Folio 335, cuaderno de pruebas.

75 Folios 112 y 113, cuaderno de tutela número 1.

76 Folio 103, cuaderno de tutela número 1.

77 Folios 109 y 112, cuaderno de tutela número 1.

78 Folios 685 a 691, cuaderno de tutela número 3.

79 Folio 75, cuaderno de tutela número 1.

80 Folio 100, cuaderno de tutela número 1.

81 Folios 101 y 102, cuaderno de tutela número 1.

82 Folio 100, cuaderno de tutela número 1.

83 Corte Constitucional, Auto 045 de 2004 y Sentencia T-171 de 2009, entre muchas otras.

84 Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 2002, entre otras.

86 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.

87 Corte Constitucional, Sentencia T-368 de 2005.

88 Folios 85 y 86, cuaderno de tutela número 1.

89 Folios 340 a 342, cuaderno de pruebas.

90 Folios 685 a 691, cuaderno de tutela número 3.

91 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007;

T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103, T-119 T-148, T-653, T-707, T-769, SU- 817, T-954, T-1054 de 2010; T-388, T-464 y 510 de 2011, entre otras.

92 C-590 de 2005.