



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: JORGE DAVID BITAR ÁLVAREZ.
ACCIONADO: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
RADICADO: 70001-23-33-000-2017-00195-00.
INSTANCIA: PRIMERA

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor JORGE DAVID BITAR ÁLVAREZ, contra el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO**, por la presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia al decretar el desistimiento tácito dentro del proceso ejecutivo No. 70013333002-2016-00217-00

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA.

El señor JORGE DAVID BITAR ÁLVAREZ, formula acción de tutela en contra del **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

En amparo de sus derechos, **pretende** que se ordene al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Circuito, revoque el auto de fecha 11 de julio del 2017 y notificado por estado en la fecha 12 julio 2017 en la cual decreta la terminación del proceso ejecutivo iniciado en contra de la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO Y ALCANTARRILLADO DE BUENAVISTA S.A. ESP, por desistimiento tácito y el

levantamiento de las medidas cautelares existentes, y en su lugar se continúe el trámite normal del proceso. .

Como **fundamentos fácticos**, en el escrito de tutela, actor expresó que:

Se inició un proceso ejecutivo para el cobro de la obligación adeudada por la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenavista S.A.ES.P, y el día 2 de diciembre del 2016 se libró mandamiento de pago contra dicha empresa y a favor del señor Jorge David Bitar Álvarez, por la suma de \$33.000.000, más los intereses que se generen hasta el cumplimiento total de la obligación.

Que la notificación de los demandados se surtió por conducta concluyente de fecha 9 de diciembre del 2016, y el día 29 de junio del 2017, presentó un escrito haciéndole saber al despacho que el demandado se había notificado por conducta concluyente.

Expone que, en esa anualidad se decretó el embargo de la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenavista S.A.ES.P., y el 29 de junio del 2017 se presenta un escrito haciéndole saber al despacho que el demandado se había notificado por conducta concluyente.

Asegura que, el Juzgado acusado el 11 de julio del 2017, terminó el proceso por desistimiento tácito tras considerar que aquel, permaneció inactivo en la secretaría del despacho, no siendo así, pues la última actuación que observó, data del 29 de Junio de 2017.

Por último argumenta, que el juzgado accionado vulneró sus garantías superiores invocadas, al aplicar indebidamente el numeral 2º del artículo 317 del Código General del Proceso, pues pasó por alto que «la medida cautelar efectuada al demandado venía cumpliéndose mes a mes con el depósito de dineros a nombre suyo, los cuales no se han reclamado.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el 14 de agosto de 2017 (folios 6 y 13), por reparto correspondió al Tribunal Administrativo de Sucre. Conforme nota Secretarial, se le puso en conocimiento de la misma al despacho conductor el 14 de agosto de 2017 (folio 14).

Mediante auto del 14 de agosto de 2017 se admitió la acción, ordenándose la notificación al despacho judicial accionado, y concediéndole el término de (2) días para que se pronunciara frente a lo expuesto. Así mismo, se ordenó vincular a la EMPRESA

MUNICIPAL DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA S.A.ESP., en calidad de tercero (folio 15). Las notificaciones fueron enviadas por correo electrónico el 14 de agosto de 2017 (folios 16 y 17).

1.2.1. INFORME RENDIDO POR EL JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO (folio 18-19).

El Juzgado accionado, en informe rendido a este Tribunal expresó que el día 30 de septiembre de 2016 fue repartido el proceso Ejecutivo radicado bajo el No.2016-00217-00 donde figura como demandante JORGE DAVID BITAR ÁLVAREZ contra la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA SUCRE S.A. E.S.P., en donde expone que a través de auto de fecha 2 de diciembre de 2016 se libró mandamiento de pago contra la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Buenavista Sucre S.A. E.S.P., en donde se dispuso el pago de los gastos procesales, y a través de Oficio No. 01107 2016-00217 EJE se comunicó que se libró mandamiento de pago y se negaron las medidas cautelares solicitadas por la parte actora.

Señala que, con nota de paso al Despacho de fecha 24 de abril de 2017, se informó que mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2016, se libró mandamiento de pago, por lo tanto la parte demandante deberá sufragar el pago correspondiente a gastos procesales establecido en el numeral cuarto del auto admisorio y en auto del 18 de mayo de 2017, se requirió a la parte actora para el pago de gastos procesales, sin que fueran allegados.

Indica que posteriormente, en memorial de fecha 29 de junio de 2017, la apoderada de la parte ejecutante solicitó la notificación por conducta concluyente de acuerdo al artículo 301 del C.G.P., pues manifestó que la demandada tiene conocimiento pleno y absoluto de la demanda.

Afirma que, el 04 de julio de 2017 se pasó el negocio al despacho, informando que la parte ejecutante solicita la notificación por conducta concluyente, advirtiendo además que no ha sufragado los gastos procesales, pese a que se requirió el cumplimiento a través de auto del 8 de mayo de 2017, el cual fue notificado mediante oficio NO. 0423 de 19 del mismo mes y año.

Manifiesta que en auto de fecha 11 de julio de 2017 se resolvió dejar sin efectos la demanda, lo que afecta su admisorio, y demás trámites seguidos, causando así, la terminación del proceso y el levantamiento de las medidas cautelares, dejando claro que decretado el desistimiento, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre

que no haya caducado. Afirmó, que la decisión se encuentra ajustada a derecho y acorde a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para la época en que fue emitido el auto objeto de conflicto y que dio origen a la presente acción Constitucional.

Que lo anterior fue resuelto con base en lo consagrado en el artículo 317 del C.G.P. y a su vez son aplicables los artículos 242 y 243 del CPACA. El ejecutante debió atacar a través de los recursos disponibles el auto del 11 de julio de 2017 que dejó sin efectos la demanda ejecutiva y no utilizar esta vía.

Dijo que en el escrito visible a folio 28, de presentación de memorial por parte del ejecutante, ya se había ordenado el pago de los gastos procesales. Es de resaltar que la notificación del mandamiento de pago vía Estado, como ocurrió es al ejecutante para cumplir lo ordenado, de allí que se expidió pasado el término del art. 317 del C.G.P., el acto hoy motivo de tutela. El desistimiento tácito decretado procede porque se cumple lo ordenado en el artículo 317 del C.G.P.

-La parte vinculada no rindió informe.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción al tenor del artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con los antecedentes reconstruidos, debe el Tribunal establecer en el caso concreto si ¿Procede la Acción de Tutela contra providencias judiciales en caso de que el accionante no haya agotado en debida forma, los recursos pertinentes contra la providencia judicial que presuntamente vulnera sus derechos fundamentales?

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO.

I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria² y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional³, ha señalado que, "*la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria.*"⁴

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁴ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...)

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.

(...)

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar ‘una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales’, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional determinar su procedencia, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa

judicial y la existencia de un perjuicio irremediable tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene origen en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Más adelante, mediante sentencias de tutela de la misma Corte, se permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial que se adoptó en realidad, envuelve una vía de hecho, entendida esta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Igualmente, al interior del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha planteado el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales, existiendo al interior de la mencionada Corporación decisiones no uniformes sobre el tema, siendo cerrado dicho debate con la sentencia de la Sala Plena, en donde la Alta Corporación concluyó:

"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."⁵

No obstante, precisa esta Sala que si bien se admite la procedencia bajo unos requisitos claramente determinados, ello es claramente excepcional, en tanto que las decisiones judiciales comportan la materialización de la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso, por lo que no puede permitirse el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 31 de julio de 2012. CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada; esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una providencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Así las cosas, la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional ha evolucionado y bajo el nombre de causales de procedibilidad, ha rediseñado el ámbito de competencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siendo pues la acción en estudio procedente en contra de decisiones de los jueces si cumple los siguientes requisitos: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de una sentencia de tutela⁶.

Adicionalmente, si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, este, para poder revocar la decisión del juez natural, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo⁷: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-590 de 2005.

⁷ a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. b) *Defecto procedimental absoluto*: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c) *Defecto fáctico*: Que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d) *Defecto material o sustantivo*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f) *Decisión sin motivación*: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la Constitución*: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Por lo anterior, para el estudio de la acción de tutela contra providencias judiciales el Juez de conocimiento de la acción deberá realizar un análisis escalonado de los anteriores requisitos de procedibilidad y de fondo, pero solo ante la presencia inicial de los requisitos de procedibilidad pasará al examen de fondo, por lo que de no llenarse con los primeros requisitos se declarará improcedente el amparo, sin estudiar el mérito de la situación planteada por el actor; en caso de ser procedente, entrará en el núcleo del asunto y si se materializan uno de los defectos de fondo se concederá el amparo, pero en caso contrario se denegará el mismo.

III. REGULACIÓN DEL DESISTIMIENTO TÁCITO DE LA DEMANDA-RECURSOS ORDINARIOS CONTRA EL AUTO QUE DECRETA EL DESISTIMIENTO Y DA POR TERMINADO EL PROCESO-LEY 1437 DE 2011-LEY 1564 DE 2012.

La figura del desistimiento tácito de la demanda ha sido consagrada tanto en las normas generales que rigen el proceso contencioso administrativo, como en las normas adjetivas del procedimiento civil, refiriéndonos a las primeras, consagra la Ley 1437 de 2011:

"Artículo 178. Desistimiento tácito. Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes.

Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

El auto que ordena cumplir la carga o realizar el acto y el que tiene por desistida la demanda o la actuación, se notificará por estado.

Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad"

A su turno, el Código General del Proceso consagró la figura del desistimiento tácito en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 317. DESISTIMIENTO TÁCITO. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos: Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente

la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas "0 perjuicios" a cargo de las partes.

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas:

- a) Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes;
- b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;
- c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo; d) Decretado el desistimiento tácito quedará terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas; (. . .)"...

Del marco normativo en cita, se puede extraer, que la figura del desistimiento tácito prevé que en el evento de que la continuación de la actuación procesal dependa del cumplimiento de una carga procesal atribuible a quien promovió la acción, el juez de la causa requerirá al interesado para que la ejecute dentro de los 30 días siguientes a su notificación por estado, si transcurre dicho término sin que se haya procedido en tal sentido, se requerirá por 15 días más, si vencido este último plazo sin que el demandante o quien haya promovido la actuación haya cumplido la carga, se dará lugar a que la demanda o la solicitud queden sin efectos y, que se termine, bien el proceso, o la actuación del caso, si vencido el término concedido por el Despacho a la parte actora para cumplir con la actuación a su cargo, la misma no ha satisfecho dicha carga, dispondrá su terminación.

Así las cosas, la figura del desistimiento tácito de la demanda ha sido establecida para los procesos tramitados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando dentro del término previsto por el juez el interesado no realiza el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, luego entonces, esta figura consiste en una forma anormal de terminación del proceso por virtud de la cual se establece un plazo perentorio para que la parte demandante cumpla con el requisito específico de realizar el trámite necesario y cuya finalidad radica en apremiarla para que actúe con diligencia, so pena que se entienda desistida su demanda.

Ahora bien, respecto a los recursos procedentes contra el auto que decreta el desistimiento tácito de la demanda, es pertinente manifestar que, el numeral tercero del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, señala que, son susceptibles del recurso de apelación, los autos que pongan fin al proceso, así:

“Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...) 3. El que ponga fin al proceso”..

Es decir, que la decisión que contiene la providencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO objeto de la tutela en esta oportunidad, era susceptible del recurso de apelación, el que debió ser interpuesto, como lo dispone el numeral segundo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011⁸, como quiera que dicha providencia puso fin al proceso y es ésta la norma general que regula el trámite en mención en el proceso contencioso administrativo.

Dicho sea de paso, si la actuación que se controvierte en tutela hubiese sido adelantada bajo los cánones del procedimiento civil, también sería apelable de conformidad con el numeral 2º, literal e), del artículo 317, referenciado anteriormente y su trámite adelantado conforme a lo señalado en el artículo 322 ibídem.

III. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso en estudio, lo pretendido en este trámite de tutela, es la protección a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, los cuales el actor considera le fueron vulnerados por el Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el día 11 de julio de 2017, al decretar el desistimiento tácito de la demanda y dar por terminado el proceso que en ejercicio del medio de control ejecutivo instauró Jorge David Bitar Álvarez, en contra de la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA S.A.E.S.P., y que se radicó con el número 70001-3333-002-2016-00217-00.

⁸ **Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos.** La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: “2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado”

- **DEL ESTUDIO DE PROCEDIBILIDAD.**

Conforme lo indicado en líneas precedentes, entratándose de tutelas contra providencias judiciales, el primer punto a abordar son los requisitos de procedibilidad frente al caso planteado por la parte accionante, por lo que, se abordarán los mismos de forma escalonada, y si de dicho análisis se encuentra la no superación de uno de ellos, se hace innecesario el estudio de los restantes, declarando improcedente la acción instaurada.

a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Sala, en el presente caso se supera este requisito, dado que de acuerdo a lo expuesto por la parte actora se pretende definir si en la decisión tomada por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, que decretó el desistimiento de la demanda y dio por terminado el proceso, puede comportar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, conforme el contenido sustancial del mismo, bajo el clausulado del artículo 29 de la C. P.

b) Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada.

Analizado lo anterior, conforme se puede observar en el expediente en donde se materializó la decisión judicial hoy impugnada en tutela (medio de control ejecutivo radicado 70001333300220160021700) encontramos, la siguiente actuación procesal:

- La demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2016 y repartida al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO (fol. 21- cuaderno del proceso ordinario).
- A través del auto del 2 de diciembre de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo ordenó librar mandamiento de pago en contra de la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA S.A.E.S.P., y a favor del ejecutante señor Jorge David Bitar Álvarez (hoy accionante) por la suma de \$33.000.000 (fol. 23).
- En la misma providencia, el Juzgado Segundo Administrativo, en el numeral cuarto, **ordenó a la parte ejecutante, sufragar de manera inmediata la suma de \$80.000., por concepto de gastos ordinarios del proceso.**

- La anterior providencia se le notificó al ejecutante a través de oficio de fecha 05 de diciembre de 2016 (folio 24).
- El 18 de mayo de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo, profirió auto por el cual **ordenó requerir a la parte ejecutante para que cancelara los gastos ordinarios del proceso**, otorgándole el término de 15 días, de conformidad con el artículo 178 de la Ley 1437 de 2011, y su notificación se dispuso por estado electrónico y por correo tradicional (folio 27).
- **Transcurrido el plazo otorgado sin que se cumpliera con la consignación de los gastos ordinarios del proceso, el Juzgado Segundo Administrativo, a través de auto de fecha 11 de julio de 2017 decretó el desistimiento tácito de la demanda y dio por terminado el proceso**, precisando igualmente, que la demanda podría presentarse por segunda vez, siempre que no hubiese caducado.

Analizado lo anterior a la luz de las normas que consagran los recursos ordinarios tanto en el código general del proceso como en el contencioso administrativo, se observa que contra la mencionada providencia que decretó el desistimiento tácito de la demanda y que dio por terminado el proceso, procede el recurso de apelación conforme lo consagra el numeral 3º del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, el que debió interponerse y sustentarse en debida forma dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión (artículo 244 de la ley 1437 de 2011 numeral 2º) tal como quedó demostrado de la revisión del expediente, pese haberse efectuado la notificación por estado electrónico de fecha 12 de julio de 2017 el mencionado recurso no fue interpuesto por la parte interesada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el auto decretó el desistimiento tácito de la demanda, fechado 11 de julio de 2017, se notificó por estado el 12 de julio de 2017, la parte interesada tenía tres (3) días para presentar y sustentar el recurso de apelación, feneciendo dicho termino el día 17 del mismo mes y año, sin que interpusiera el mentado recurso.

En ese orden, para la Sala es claro que el accionante no cumplió en debida forma con el requisito de haber agotado los recursos ordinarios contra la providencia que hoy ataca en sede de tutela, es decir, no ejerció su derecho de impugnación/contradicción frente a la decisión proferida en primera instancia, dicho sea de paso, los cuales se juzgan idóneos, eficaces y adecuados para la defensa de los derechos al interior del proceso,

situación que impide que se abra paso a la tutela intentada, dado que no es dicha acción un mecanismo para suplir las falencias atribuibles a las partes en el ejercicio del derecho de acción y en el incumplimiento de las cargas procesales⁹⁻¹⁰ que se imponen al interior del proceso, como interponer en debida forma los recursos ordinarios procedentes en contra de las decisiones que afecten sus derechos e intereses.

Sobre el carácter residual de la acción de amparo, la H. Corte Constitucional en sentencia T – 533 de 2016, señaló:

“El constituyente primario, en consonancia con los objetivos que fijó para la acción de tutela, la previó como un medio residual de defensa, lo que implica que es el último mecanismo judicial al que ha de acudir el interesado, considerada la magnitud de la amenaza que enfrenta o no dispone de ninguna otra vía para resguardar sus derechos fundamentales. Únicamente cuando el afectado no disponga de una forma efectiva de defensa puede recurrir al juez de tutela.

En esa medida, “la acción de tutela por regla general, es improcedente, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable”¹¹ sobre los derechos de los que reclama el amparo a través de su escrito de tutela. De este modo, “**siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario**, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”¹².

El carácter residual de la tutela se concreta en el proceso judicial, con la exigencia de que sea formulada con arreglo al principio de subsidiaridad. Según éste no es posible acudir en forma exitosa al juez de tutela si la causa de la vulneración de los derechos del actor no ha intentado atacarse ante el juez ordinario, siempre que este tenga la oportunidad de contrarrestarla en forma contundente y con arreglo a las particularidades del accionante y de la situación que se somete al conocimiento del funcionario judicial. Solo cuando la acción resulta subsidiaria (además de inmediata), es procedente.

Bajo esa orientación constitucional, el Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que la tutela solo procede cuando “el afectado no disponga de **otro medio** de defensa judicial”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiaridad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa¹³, ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso

⁹ Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este código (artículo 103 inciso 4º ley 1437 de 2011).

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2011. “**El derecho de acceso a la administración de justicia, también representa deberes o más en concreto cargas para las partes. “El artículo 228 de la Constitución Política, dispone que los términos judiciales deberán ser observados con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Así, para la interposición de los recursos, o la proposición de nulidades, o la formulación de un incidente, los respectivos códigos de procedimiento señalan términos cuya observancia por las partes se hace imperativa, a riesgo de soportar las consecuencias jurídicas desfavorables si actúan dejándolos vencer.** Es decir, se trata de una carga procesal, ya que ésta consiste, como se sabe, en una conducta de realización facultativa de cuya inobservancia se pueden derivar consecuencias desfavorables, por lo que la negligencia o la incuria en el cumplimiento de la carga señalada por la ley, sólo afectan al interesado. La carga, es algo que se deja librado por la ley a la auto-responsabilidad de las partes”.

¹¹ Sentencia T-061 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Nota propia de la cita.

¹³ Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Nota propia de la cita.

administrativa¹⁴. La inobservancia de tal principio se erige como una causal de improcedencia a la luz del numeral 1º del artículo 6º del mencionado decreto¹⁵, declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**.

La consecuencia directa de la improcedencia de la acción de tutela es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, cuyo conocimiento corresponde, entonces, en forma exclusiva al juez ordinario a través de los canales procesales creados por el Legislador.

En ese sentido, el principio de subsidiaridad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho”

En esa óptica y como se expresó en acápite previo, uno de los principios que orienta su ejercicio, es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, pues no constituye un medio sustituto o alternativo de las vías procesales ordinarias, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y cuando a pesar de su existencia uno y otro no resultan igual de idóneos o eficaces para alcanzar la protección del derecho conculcado o amenazado. Este carácter, obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, máxime cuando en el expediente no existe prueba de que los mismos no sean idóneos, eficaces y adecuados.

Sobre este punto, en Sentencia T 480 de 2011, la Corte Constitucional, manifestó:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además,

¹⁴ Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Nota propia de la cita.

¹⁵ "Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.// Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”

Por lo anterior, concluye la Corporación que en el presente caso no se está cumpliendo con los requisitos en estudio, dado que la parte actora no interpuso el recurso de apelación en contra de la providencia que aquí pretende impugnar por vía de tutela, como vía idónea y adecuada, razones suficientes para declarar la improcedencia del amparo solicitado, **sin necesidad de estudiar los demás requisitos de procedibilidad y mucho menos entrar al fondo de la situación planteada.**

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, ante la existencia de otros mecanismos no interpuestos en debida forma al interior del MEDIO DE CONTROL EJECUTIVO, la tutela resulta a todas luces improcedente, pues en ningún caso es posible aceptar su utilización para suplir los medios judiciales ordinarios, enmendar deficiencias, errores o descuidos, o recuperar oportunidades vencidas dentro de un proceso judicial, los que son motivos suficientes para entender inadecuado el medio escogido, sin entrar a estudiar los demás requisitos de procedibilidad y el fondo del asunto, como ya se explicó.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por JORGE DAVID BITAR ÁLVAREZ en contra del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, teniendo como vinculado en el proceso a la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA S.A.E.S.P.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión al actor, al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, a la EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BUENAVISTA S.A.E.S.P., y al agente delegado del Ministerio Público. Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente

solicitado en préstamo, esto es el radicado bajo el número 70001-33-33 002-2016-00217-00, al Juzgado de origen.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnado, **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo, ordénese su archivo definitivo, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

Esta Sentencia se discutió y aprobó en sesión de Sala Extraordinaria conforme consta en el Acta N° 141 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA