



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, Mayo ocho (8) de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Tutela	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	70001-23-33-000-2019-00118-00
Accionante:	Marlene Judith Hernández Galván a través de apoderado judicial Dr. Nelson lastre Galván
Accionado:	Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo y EMPAGAL
Procede:	Secretaría Tribunal

Tema: Tutela contra providencia judicial / Debido proceso judicial / No agotó los mecanismos de defensa judicial ordinarios / Residualidad / Improcedente

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La acción constitucional de la referencia, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin que se evidencien causales de nulidad que la invaliden, procede a proferir sentencia.

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA¹

Refiere la parte actora a través de apoderado judicial que, presentó demanda en el medio de control de Reparación Directa, In rem Verso, correspondiendo al Juzgado

¹ Fls. 1-5.

Segundo Administrativo de este Circuito, según radicado N° 70001-33-31-002-2014-00267-00, siendo la demandante, la hoy tutelante, y demandada, la empresa de Servicios Públicos de Galeras “EMPAGAL”.

Indica que, dentro de aquel proceso, se programó la audiencia de pruebas para el 25 de octubre de 2018, la que fue aplazada por parte del juzgado de conocimiento argumentando tener una citación para efectos de descargo ante el Consejo Superior de la Judicatura; no obstante que los testigos citados para ese día habían asistido a la audiencia.

Manifiesta que, nuevamente ese despacho vuelve a convocar para la práctica de las pruebas el día 22 de noviembre de 2018, a las 10:00 a.m.

Arguye el apoderado de la parte actora que, para ese mismo día y hora tenía programada una audiencia en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ovejas – Sucre, que consistía en la regulación de alimentos, bajo el radicado N° 2017-00122-00, promovido por la señora “KELLYS JOHANA GONZÁLEZ MORENO”, en representación de su hijo menor “EJCG”, en contra de su progenitor “EDWIAN MANUEL CÁRDENAS PUENTES”, a quien el profesional del derecho, aquí defensor de la tutelante, representa.

Por ello, mediante memorial del 21 de noviembre de 2018, dirigió un escrito al Juzgado accionado, solicitando el aplazamiento de la audiencia del 22 de noviembre de 2018; sin embargo, aquel despacho, hizo caso omiso a esa petición, llevando a cabo la audiencia respectiva; sin tener en cuenta el artículo 181 del CPACA.

En dicha audiencia de prueba, solo se recibió el testimonio de la contraparte señor LUIS EDUARDO MANOTAS MARTÍNEZ, quien negó su participación en el contrato de arrendamiento objeto a reconocer en este proceso.

3. LOS DERECHOS INVOCADOS²

Los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

² Fls 5 y 6.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN³

Se pretende que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y, en consecuencia:

- a. Ampliar el término probatorio en el proceso de la radicación N° 2014-00267, ante el Juez competente.
- b. Escuchar el testimonio de los señores que solicite tenerlos como pruebas dentro del proceso respectivo, como NEVER BERTEL, JOSÉ BERTEL, y OTROS; y la declaración de parte de la DEMANDANTE.
- c. Ampliar el testimonio del señor LUIS EDUARDO MANOTAS.
- d. Decretar la nulidad de los actos de procedimiento adelantado por el Juzgado competente consecutivos a la audiencia de fecha Noviembre 22 de 2018”

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Por reparto ordinario del 29-04-2019⁴ se asignó el conocimiento a este Despacho, con providencia del 30/04/2019⁵, se admitió la acción de tutela; igualmente se dispuso las notificaciones (al juzgado accionado y a EMPAGAL), se negó la solicitud de medida provisional, entre otros ordenamientos (Reverso Folio 15). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 17-18). El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo rindió informe (Folios 19-27); lo propio hizo EMPAGAL (folios 28 a 30).

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

El Juzgado accionado⁶, aduce que la presente acción es improcedente puesto que, la solicitud de aplazamiento se resolvió en la audiencia del 22 de noviembre de 2018, en donde se declaró no tener por justificada la inasistencia del apoderado de la parte actora al no aportar prueba sumaria de una justa causa, tal como lo establece el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, situación que se aplica a las demás audiencias,

³ Folio 7 del expediente

⁴ Folio 13

⁵ Folio 15

⁶ Folios. 19-27.

además que la inasistencia de quienes deben concurrir no impide la realización de la diligencia.

Refiere que no se agotaron los requisitos de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, para ser procedente la acción de tutela; puesto que la parte accionada no presentó con anterioridad o posterioridad a la realización de la audiencia, la prueba que invocó para determinar si era viable el aplazamiento, pues una vez realizada, el letrado tuvo la oportunidad de presentar el soporte y así estudiar la solicitud para fijar nueva audiencia de pruebas; ya que la inobservancia a los deberes que la ley le asigna a las partes no es óbice para afirmar que esa unidad judicial vulneró el debido proceso de la accionante y que fue éste quien omitió presentar prueba sumaria sobre la diligencia a realizarse en el Municipio de Ovejas – Sucre.

Señala que, el litigante pudo sustituir el mandato conforme a la facultad otorgada en el poder visible a folio 1 del expediente; o si lo estimaba pertinente presentar un cuestionario escrito sobre las preguntas que le iba a realizar al testigo.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela, por cuanto la demandante, contaba con otros mecanismos de defensa los cuales no fueron agotados en el curso del proceso; incumpliendo con los requisitos para que proceda la tutela en contra providencia judicial.

Se adjunta presente jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Primera, expediente N° 88001-23-33-000-2015-00027-01, del 8 de octubre de 2015.

Por su parte, **la vinculada EMPAGAL**⁷, señala que la accionante, por medio de esta acción pretende retrotraer la práctica de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 22 de noviembre de 2018, por considerar que esta etapa procesal vulneró su derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, solicitando la ampliación del término probatorio, para escuchar los testimonios de los señores Never Bertel; José Bertel y otros; así como la declaración de parte de la demandante, ampliar igualmente, el testimonio del señor Luis Eduardo Manotas,

⁷ Folios 28-30

decretar la nulidad de los actos procedimientos adelantados por el juzgado de conocimiento, consecutivos a la audiencia del 22 de noviembre de 2018.

Considera improcedente esta acción para revivir términos de caducidad agotados por la negligencia, descuido o distracción de la parte en la medida que este mecanismo subsidiario y residual se convertiría en principal, atentando contra el principio de seguridad jurídica, desconociendo el propósito constitucional.

Sostiene que, al estar enterado con anterioridad de aquella diligencia debió sustituir en un abogado para que lo representara en una de las diligencias programadas por de las diligencias programadas para la misma fechas y hora, por lo que esta falta de programación por el profesional, no puede generar una nulidad en el proceso.

Insiste que, la acción de tutela se torna improcedente; puesto que esta acción no fue instituida para revivir oportunidades procesales vencidas por negligencia, descuido o distracción de la parte.

Además no se demuestra el perjuicio irremediable.

7. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

LA COMPETENCIA. Este Tribunal es competente para conocer la acción en razón a que es el superior jerárquico del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, según lo establecido en su artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017.

EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER. Se circunscribe en determinar si ¿El Juzgado accionado, ha vulnerado o amenazado el derecho fundamental de la accionante al debido proceso judicial, al acceso a la administración de justicia, derecho a la defensa y contradicción al llevar a cabo la audiencia de prueba del 22 de noviembre de 2018, en donde se debían escuchar unos testimonios solicitados por la demandante y conainterrogar a un testigo requerido por la parte demandada en el proceso de reparación directa N° 2014-0067, al no aplazar dicha diligencia según solicitud debidamente soportada por el apoderado de la parte accionante?

El hilo conductor que guiará la presente providencia será el siguiente: (i) Los

presupuesto Generales de la procedencia de la tutela (i.i) legitimación en la causa; (i.ii) Subregla de procedibilidad frente a decisiones judiciales; (ii) la Subsidiariedad de la acción de tutela; (iii) el caso en concreto; y (iv) conclusión.

7.1. LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE PROCEDENCIA.

7.1.1. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Se cumple por activa dado que la accionante es la demandante en el medio de control de Reparación Directa (*actio in rem verso*) en el proceso con radicado No. 70 001 33 33 002 2014 00267 00, tal como se advierte del expediente en préstamo remitido por el Juzgado Segundo Administrativo de este Circuito en el cual se observa a folio 114-117, el auto que dio inicio a esta acción constitucional, cuyo demandante es la señora MARLENE JUDITH HERNÁNDEZ GALVAN quien otorgó poder especial para la presentación de la presente tutela debidamente autenticado (Fl 1). y por pasiva lo es el Juzgado Segundo Administrativo de Sincelejo, porque es la autoridad judicial que conoce del asunto; igualmente, como tercero interesado en las resultas del proceso se tiene a la Empresa de Servicios Públicos de Galeras “EMPAGAL” S.A. E.S.P., por ser quien funge como demandada en el proceso antes aludido.

7.1.2. LAS SUB-REGLAS DE PROCEDIBILIDAD FRENTE A DECISIONES JUDICIALES⁸. La H. Corte Constitucional reconoce la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, entendidas como sentencias y autos⁹, cuando con éstas se vulneren los derechos fundamentales de las personas, en particular el derecho al debido proceso. Ello, en razón a que esa acción constitucional procede contra la “*acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”¹⁰, incluyendo entonces las autoridades judiciales¹¹, que en el ejercicio de la función de administrar justicia deben ajustarse a la Constitución y la ley para así garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en ella, pero sin embargo no siempre resulta así.

⁸ En cuanto al criterio que fue rectificado, acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ), C.P. María Elizabeth García González.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.

¹⁰ Artículo 86 de la Constitución.

¹¹ Ver sentencia C-543 de 1992, en la que se dijo: “no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad (autoridad pública) en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado”

Desde la sentencia C-543 de 1992, que examinó en constitucionalidad, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, declarados ajustados a la Carta, inicia la línea jurisprudencial en torno a la tutela contra providencias judiciales, que ha evolucionado hasta una re-definición dogmática entre 2003 y 2005¹², básicamente sustituyó la expresión “*vías de hecho*” por la de “*causales genéricas de procedibilidad*” y ensanchó las causales especiales, pasando de cuatro (4) a ocho (8). En el mismo sentido Quiroga Natale¹³.

Ahora, frente del examen que se reclama en sede constitucional, resulta de mayúscula trascendencia, precisar que se trata de un juicio de validez y no de corrección, lo que evidencia que son dos planos de estudio diversos, entonces, mal puede mutarse en constitucional lo que compete al ámbito legal, ello se traduce en evitar el riesgo de convertirse en una instancia más, que iría en desmedro de la naturaleza excepcional del instrumento protector. Así lo explicó la Colegiatura Constitucional¹⁴.

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005¹⁵ y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la CC¹⁶ (2017) son: (i) Que el asunto sea de relevancia constitucional; (ii) **Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado**¹⁷; (iii) Que se cumpla con el requisito de inmediatez; (iv) Que la irregularidad procesal tenga un efecto directo y determinante sobre la decisión atacada; (v) Que el actor identifique los hechos generadores de la vulneración y que; (vi) De ser posible, los hubiere alegado en el proceso judicial en las oportunidades debidas; (vii) Que no se trate de tutela contra tutela¹⁸.

De otra parte, como requisitos o causales especiales de procedibilidad, se han definido los siguientes: (i) Defecto orgánico¹⁹, (ii) Defecto procedimental absoluto²⁰, (iii)

¹² QUINCHE R., Manuel F. *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias*, Editorial Temis SA, Bogotá, 2013, p.103.

¹³ QUIROGA N., Édgar A. *Tutela contra decisiones judiciales*, Universidad Santo Tomás y editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.83.

¹⁴ CC. T-917 de 2011.

¹⁵ CC. C-590 de 2005.

¹⁶ CC. SU-222 de 2016 y T-137 de 2017.

¹⁷ Negrillas y subrayas de esta Corporación para llamar la atención.

¹⁸ CC. T-307 de 2015.

¹⁹ *que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*

²⁰ *que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*

Defecto fáctico²¹, (iv) Error inducido²², (v) Decisión sin motivación²³, (vi) Defecto material o sustantivo²⁴; (vii) Desconocimiento del precedente²⁵; y, por último, (viii) violación directa de la Carta²⁶. Un sistemático recuento puede leerse en la obra de los doctores Catalina Botero Marino²⁷ y Quinche Ramírez²⁸.

Así las cosas, la procedencia excepcional de la acción de tutela, contra providencias judiciales, depende, de la verificación y configuración, **de todos** los requisitos generales y al menos, de una causal específica de procedibilidad, que conlleve a la violación de un derecho fundamental. De este modo, se protegen los elevados intereses constitucionales, que se materializan en la ejecutoria de las providencias judiciales, al tiempo que se garantiza el carácter supremo de la Constitución y la vigencia de los derechos de los ciudadanos.

Agregándose además, que la acción de tutela procede contra autos, tal y como lo señala la Corte Constitucional en sentencia **SU – 817 de 2010**, en donde se sostuvo:

“El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; (ii) cuando a pesar de

²¹ que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

²² que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

²³ que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

²⁴ como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

²⁵ hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”.

²⁶ que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución”.

²⁷ ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Universidad Nacional de Colombia, Catalina Botero Marino, Ediprime Ltda., 2006, p.61-75.

²⁸ QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285.

que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y los requisitos especiales de procedibilidad de la acción tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

La primera oportunidad en la que la Corte admitió una tutela contra un auto fue en la sentencia T-224 de 1992. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra al respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.

Posteriormente, en las sentencias T-025 de 1997, T-1047 de 2003 y T-489 de 2006, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso, contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; y en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo”.

Como el asunto de marras versa sobre un auto interlocutorio, el interesado en la tutela, a más de probar los requisitos generales y especiales de procedencia, debe demostrar que: **i)** *la vulneración alegada, no puede ser discutida mediante otros medios de defensa; ii)* *o cuando pese a existir medios de defensa ordinarios, para obtener el amparo, éstos no resultan idóneos; y iii)* *la acción sea impostergable, en tanto puede acontecer un perjuicio irremediable.*

7.2. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, se halla prescrita en el artículo 86 de la CP, definiendo la regla general sobre la procedencia de la acción, al consagrar en el inciso 3° que “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”.

Es por ello que la acción de tutela es subsidiaria, en razón a que su procedencia está sometida al agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa por el accionante o a la demostración de su inexistencia; al respecto la Corte ha señalado: *“Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancia de los derechos constitucionales fundamentales, pues solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (...). Se establece así un sistema complementario de garantía de aquellos derechos constitucionales fundamentales (...)”*²⁹.

Conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional _CC_³⁰, deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que la tutela no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso; dentro del mismo ámbito la doctrina constitucional enseña: *“(...) la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”*³¹.

Principio de Subsidiariedad – 4 hipótesis básicas	
Supuesto	Consecuencia
Inexistencia del mecanismos	Amparo definitivo
Falta de idoneidad del mecanismo	Amparo definitivo
Falta de eficacia del mecanismo	Amparo definitivo
Amenaza de perjuicio irremediable	Amparo transitorio
	Obligación del tutelante de acudir al juez ordinario dentro de los 4 meses siguientes
	Los efectos se extienden hasta que se produzca el fallo.
	Las órdenes se agotan en 4 meses si no se acude al juez ordinario
	Subregla excepcional. Imponer la carga de acudir al juez ordinario o administrativo so pena que la orden se convierta en definitiva- T-322-16

²⁹ CC. T-134 de 1994.

³⁰ CC. T-103 de 2014.

³¹ CC. T-567 de 1998.

8. EL CASO CONCRETO QUE SE ANALIZA

A continuación, se relacionan las pruebas allegadas con la acción de tutela, que sirven de base para realizar el estudio de la situación puesta a consideración de esta colegiatura:

- * Poder otorgado por la señora MARLENE JUDITH HERNÁNDEZ GALVAN al profesional NELSON LASTRA GALVAN (f. 1).
- * Certificado expedido por la Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Ovejas – Sucre, el 26 de febrero de 2019 (f. 8).
- * Solicitud de aplazamiento de la audiencia del 22 de noviembre de 2018, por el apoderado de la parte demandante (f. 9).
- * Acta N° 0055 de Audiencia de Pruebas del 22 de noviembre de 2018 (f. 10-12).
- * Expediente N° 70 001 33 33 002 2014 00267 00, medio de control Reparación Directa (*actio in rem verso*), en préstamo, del cual se extrae la siguiente información:

Folios	Clase de documento o providencia	Fecha presentación o Notificación
1-18	Demanda	Presentada el 16 de diciembre de 2014 (f. 8 y 19)
6	Acápite de pruebas: Testimoniales: Never Bertel Anaya, José Bertel Anaya, Adolfo Hernández Ruth, Luis Palencia Sánchez; y Julio Galván Hernández	
21-22	Auto inadmisorio del 4 de mayo de 2015	Estado N° 15, del 5 de mayo de 2014-sic-, (f. 22), correo apoderado demandante (f. 23)
25-26	Escrito subsanación y CD	20 de mayo de 2015
28-30	Auto Admisorio del 9 de junio de 2016	Estado N° 036 del 10/06/2016 (reverso folio 30) notificación correos 10/06/2016
33	Recurso reposición presentada por P. demandante – corregir parte demandada	15/ junio 2016
35	Auto Corrige parte demandada 23 septiembre de 2016	Estado N° 66 del 26/09/2016 (Reverso folio 35); Correos electrónicos 26/09/2016 (36-7)
38	Auto requiere pago expensas procesales, 3 octubre de 2016	Estado 070 del 4/10/2016 (f. 38); correo electrónico 39-40)
42	Constancia consignación expensas.	24 de marzo de 2017
43-46	Notificaciones a los intervinientes auto admisorio	25 abril de 2017
48-71	Contesta demanda EMPAGAL	23 mayo de 2017
73-75	Oficios remiten traslados	2 de junio de 2017
78-81	Auto fija fecha audiencia inicial	11 diciembre de 2017
82-86	Correos electrónicos auto fija fecha audiencia	18 enero 2018
87- 91	Acta N° 0151 Audiencia inicial, no asiste la parte demandante; aquí se abre el período probatorio, se cita: : Never Bertel Anaya, José Bertel Anaya, Adolfo Hernández Ruth, Luis Palencia Sánchez; y Julio Galván Hernández; por la parte actora; a Luis Eduardo Manotas Martínez, por la demandada	28 agosto 2018

93	Memorial presentando excusas por la no asistencia a la audiencia inicial el apoderado de la parte demandante, sin aportar prueba de la afectación de salud que alega, pide fijar nueva fecha para esa diligencia.	31 agosto de 2018
94-104	Boletas citación testigos audiencia 25 octubre de 2018, a las 4:00 p.m.	3 de septiembre de 2018
105	Constancia asistencia Juez a la audiencia donde rindió versión libre en el proceso disciplinario N° 70 001 11 02 000 2017 00491	25 de octubre de 2018, de 4:00 a 5:47
106-107	Fija fecha audiencias, para este proceso para el día 22 de noviembre de 2018, a las 10:30	16 noviembre de 2018
108-112	Correo electrónico intervinientes; a la parte demandante se le avisa la asistencia de los testigos : Never Bertel Anaya, José Bertel Anaya, Adolfo Hernández Ruth, Luis Palencia Sánchez; y Julio Galván Hernández	19 noviembre de 2018
113	Solicitud aplazamiento diligencia de prueba por cruzarse con otra en la misma fecha en Ovejas-Sucre	21 noviembre de 2018
114-117	Acta N° 0055 Audiencia de prueba, se pronuncia sobre aplazamiento y sobre los testigos, quienes no asistieron. Se corre traslado para alegar por escrito.	22 de noviembre de 2018
124-129	Presenta alegatos la parte demandada EMPAGAL	6 de diciembre de 2018
130-140	Se adjuntan las boletas de citación a los testigos, advirtiendo dirección errada, del día 21 de noviembre de 2018, a las 12:00	Fecha boletas 19 de noviembre de 2018
141	Pasa al despacho para pronunciarse de mérito	21 de enero de 2019

Analizada la solicitud de amparo, se tiene que la señora MARLENE JUDITH HERNÁNDEZ GALVÁN, requiere se proteja su derecho al debido proceso judicial y acceso a la administración de justicia, por considerar en su sentir, que aquellos han sido desconocidos por el Juzgado Segundo Administrativo de este Circuito al llevarse a cabo la audiencia de pruebas el 22 de noviembre de 2018, a las 10:30 de la mañana sin su asistencia, la de su apoderado y de sus testigos: Never Bertel Anaya, José Bertel Anaya, Adolfo Hernández Ruth, Luis Palencia Sánchez; y Julio Galván Hernández; además, de no poderse contrainterrogar al declarante llamado por la contraparte, señor Luis Eduardo Manotas Martínez, en el proceso de Reparación Directa, radicado con el número 70 001 33 33 002 2014 00267 00.

Delimitado lo anterior, se extrae que el inconformismo del actor recae específicamente sobre la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de este Circuito del 22 de noviembre de 2018, en donde se decidió no aplazar la audiencia de pruebas, continuando el trámite del proceso hasta dictar el auto de alegatos de conclusión.

En defensa de su actuación el Juzgado accionado alega la falta de presentación de los recursos de ley, o prueba sumaria que diera lugar al nuevo estudio de solicitud aplazatoria y la fijación de una nueva fecha para la audiencia de prueba.

Siendo así, es menester entrar a dilucidar si en el *sub lite*, se encuentran acreditados los elementos generales de procedencia, los cuales se estudiarán de manera separada, a saber:

- La cuestión que se discute, tiene la suficiente relevancia constitucional, toda vez que la controversia se erige en torno a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso judicial, el acceso a la administración de justicia, posiblemente afectados al interior de un proceso de Reparación Directa, que versa sobre el aplazamiento de la audiencia de prueba y la fijación de nueva fecha para su realización.
- En lo tocante al principio de inmediatez, este presupuesto se encuentra satisfecho toda vez que el auto objeto de inconformidad es de data 22 de noviembre de 2018 y la acción de la referencia se presentó el 29 de abril de 2019, es decir, que había transcurrido poco más de cinco (5) meses.
- En relación con el agotamiento de los recursos ordinarios que debieron ser formulados contra la decisión judicial que se discute, la sala advierte que no se agotaron los medios de defensa ante el juez natural de la controversia, como pasara a exponerse:

La señora MARLENE JUDITH HERNÁNDEZ GALVÁN, presentó demanda indemnizatoria en contra de la empresa de servicios públicos de Galeras EMPAGAL S.A. EPS, por el contrato verbal suscrito entre los aquí citados, para la prestación del servicio de vigilancia y parqueo de un vehículo, tractor marca JONH DEERE 2.300, color verde de propiedad de la empresa demandada, al negarse al pago de dicha obligación y el retardo en su liquidación; tal como lo requiere refiere en el proceso de Reparación Directa (Actio in rem verso) (f. 2 de ese expediente).

Sea lo primero indicar que la audiencia de pruebas está regulada en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011³² y que en dicha norma no se establece el procedimiento en

³² **ARTÍCULO 181. AUDIENCIA DE PRUEBAS.** En la fecha y hora señaladas para el efecto y con la dirección del Juez o Magistrado Ponente, se recaudarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas. La audiencia se realizará sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que la duración de esta pueda exceder de quince (15) días.

Las pruebas se practicarán en la misma audiencia, la cual excepcionalmente se podrá suspender en los siguientes casos:

1. En el evento de que sea necesario dar traslado de la prueba, de su objeción o de su tacha, por el término fijado por la ley.

caso de imposibilidad del apoderado para asistir a aquella, así que deberemos remitirnos por analogía³³ al artículo 180³⁴ de la misma codificación, que si establece un procedimiento en esa eventualidad y en ese sentido, *las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la analogía propuesta, constituyen una genuina expresión del imperio de la “ley”*³⁵; ubicados en ese contexto no encontraremos frente a dos escenarios³⁶:

- La excusa: se reserva para los eventos en los que los motivos de inasistencia se exponen antes de la realización de la audiencia inicial y, en ese sentido, persiguen el aplazamiento de la diligencia.
- La justificación: comprende los casos en los que los motivos de inasistencia se exponen con posterioridad a la realización de la audiencia y tiene como finalidad la exoneración de la sanción pecuniario.

2. A criterio del juez y cuando atendiendo la complejidad lo considere necesario.

En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.

³³ Sentencia C-083-95:

- a) **La analogía.** Es la aplicación de la *ley* a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

³⁴ **Artículo 180. Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:
(...)

3. Aplazamiento. La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Cuando se presente la excusa con anterioridad a la audiencia y el juez la acepte, fijará nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes, por auto que no tendrá recursos. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

En este caso, el juez resolverá sobre la justificación mediante auto que se dictará dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación y que será susceptible del recurso de reposición. Si la acepta, adoptará las medidas pertinentes.

4. Consecuencias de la inasistencia. Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(Énfasis fuera del texto original)

³⁵ Ver sentencia C-284-15:

“5.2.5. Al precisar el alcance de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento colombiano, este Tribunal ha indicado que cuando la autoridad judicial recurre a la analogía legis o a la analogía iuris para resolver una determinada cuestión de derecho, en realidad aplica la “ley”. En ese sentido, las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las *reglas generales del derecho* que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la “ley”.”

³⁶ Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 63001233300020130011301 (21168), Oct. 25/18.

Revisado el expediente original remitido por el juzgado segundo oral del circuito de Sincelejo, se encuentra que en el folio 113 de aquel, el apoderado radicó un escrito de solicitud de aplazamiento de la Audiencia de pruebas el 21 de noviembre de 2018, en donde informa que no puede asistir porque tiene otra audiencia en el Municipio de Ovejas Sucre, **pero no anexa prueba sumaria de su dicho**, y aquella era necesaria tal como lo establece el numeral tercero del artículo 180 del CPACA aplicado por analogía a la situación que se presentan en la Audiencia de pruebas, al respecto resulta oportuno citar la sentencia de tutela del Consejo de Estado, sección cuarta, del 08 de octubre de 2015. C.P. María Claudia Rojas Lasso, Radicación número: 88001-23-33-000-2015-00027-01(AC), en donde se sostuvo:

“En tal sentido, no puede el ciudadano Juan Alejandro Quintero Velásquez alegar que el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al negar la solicitud de aplazamiento de la audiencia inicial presentada por su apoderado judicial y al no otorgarle una oportunidad de presentar el soporte de la incapacidad médica, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto fue el profesional del derecho quien pasó por alto la oportunidad procesal correspondiente para presentar prueba siquiera sumaria de la incapacidad médica deprecada como sustento para solicitar el aplazamiento de la diligencia referida.

Como bien lo establece el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por esta razón es que en el caso de tutela contra providencias judiciales, la exigencia constitucional es que dentro del proceso que se sigue no exista un mecanismo idóneo para solicitar que cesen los efectos de la providencia que, presuntamente, genera como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental.

La anterior situación, sin entrar en mayores consideraciones, torna en improcedente el amparo constitucional solicitado, teniendo en cuenta la reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que la tutela únicamente procede contra actuaciones judiciales cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial a su alcance, pues con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos”

En el DVD adjunto al expediente de Reparación Directa, que fuere prestado en original (Folio 114), se encuentra la evidencia de lo ocurrido en la audiencia de pruebas en donde se señala por la Juez conductora que (Min: 04.55):

“...A folio 113, otra vez un escrito solicitando que no puede asistir a esta diligencia porque tiene otra diligencia en el municipio de Ovejas, y no presenta sino el folio, el folio (sic) **en el cual se dice eso sin adjuntar una justificación de una prueba sumaria para acceder a la**

reprogramación; como dice el artículo 181 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, debe existir prueba sumaria, para poder acceder a esa situación ya que fue una ocasión con anterioridad a la misma diligencia, ya le queda a él concurrir dentro de los tres días siguientes a esta fecha para adjuntar lo que sea pertinente y verificarse entonces la posible audiencia de pruebas frente a las pruebas que debía haber traído como es la prueba testimonial, aunque la misma fue librada en sus oficios por la Secretaría”

En audiencia se hace la constatación, que los oficios de citación a rendir testimonio fueron enviados a las direcciones aportadas y la fecha de recibido de los mismos por los citados, teniendo alguno de ellos la anotación de dirección errada y se deja la salvedad por el juzgado de haberlos convocado por conducto del apoderado; así las cosas, se indica en dicha diligencia que como no se suministró una nueva dirección para citar a los testigos y como tampoco con la solicitud presentó prueba siquiera sumaria para el aplazamiento, se señala la continuidad de la audiencia de pruebas (Min 7:46).

En el minuto 7:54 del video se da lectura de los testigos citados por la parte demandante haciendo la salvedad que ninguno de ellos había comparecido a la diligencia, otorgándoles un tiempo prudencial para su comparecía y no lo hicieron; por tanto, se continua con la declaración del señor Luis Manotas.

Al minuto 19:26, se notifica el cierre del período probatorio sin recursos.

Esa decisión se notificó por Estrado aquel 22 de noviembre de 2018, sin presentarse recursos en esa oportunidad

Es de observarse que, la certificación emitida por la Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Ovejas – Sucre, y adjunta en esta tutela, fue expedida el 26 de febrero de 2019 (f. 8 Cdo Tutela) y nunca fue aportada al proceso con radicado 2014-00267-00, ni dentro de los 3 días concedidos por la Juez accionada en la audiencia del 22 de noviembre de 2018, ni en ningún otro momento; de allí que, no pudo existir un pronunciamiento por parte de la tutelada frente a esta prueba que, serviría para el estudio de una posible solicitud de reprogramación, tal como fue expuesto en aquella diligencia.

Entonces, la observancia oportuna de los deberes, cargas y obligaciones procesales,

contribuye con la realización de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales, **el accionante; no cumplió con ellos, puesto que no adjunto prueba sumaria de su dicho antes de la realización de la Audiencia de pruebas y adicionalmente, contaba con un medio idóneo y eficaz** para controvertir judicialmente la decisión del Juzgado accionado y al no utilizarlo, dicha omisión se encuadra en una de las causales establecidas para declarar la improcedencia de este medio subsidiario.

Podría plantearse que si al abogado no le era posible asistir a la diligencia en la fecha programada, entonces, tampoco le era posible recurrir la decisión; sin embargo, tal como lo indicó tanto la accionada como la vinculada, la codificación procesal permite la sustitución del poder siempre y cuando aquella no se encuentre prohibida expresamente (Art 75 CGP) y el poder otorgado al abogado del proceso con radicado 2014-00267-00 ubicado en el folio 1 del cuaderno principal que fuere prestado en original por el juzgado segundo oral del circuito de Sincelejo, no contiene ninguna prohibición al respecto; entonces, era posible el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa y no lo hizo.

Recapitulando, tenemos que el apoderado no presentó prueba sumaria de su dicho y en consecuencia incumplió un imperativo jurídico de conducta que le era exigible antes de la fecha programada para la realización de la Audiencia de pruebas; adicionalmente, hay que recalcar que entre la primera audiencia fallida del 25 de octubre de 2018 y la segunda, realizada el 22 de noviembre del mismo año, existe un lapso de casi un mes, plazo razonable para que el abogado principal sustituyese el poder, en razón a que su presencia no es obligatoria en dicha diligencia, pues la sanción por su inasistencia únicamente está prevista para la audiencia inicial (Art 180 CPACA) y aquella sí es de aplicación restringida, pues no es posible su aplicación analógica; adicionalmente, el apoderado estaba habilitado por el estatuto procesal (Art. 202 CGP) para formular las preguntas a los testigos por escrito, en pliego abierto o cerrado que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba, **presentarlo o sustituirlo antes del día señalado para la audiencia**, actividad que tampoco realizó; posibilidades que no fueron utilizadas en pro de la defensa de su poderdante.

Además, debe resaltarse que no solo es responsabilidad de la parte quien requiere el testimonio hacer comparecer a su testigo (art. 217 de CGP); sino que, una vez, citados

por el despacho, les asiste un deber legal a aquellos de comparecer so pena de las sanciones que se establecen en el artículo 218 del código general del proceso.

Es de anotar que la falta de concurrencia del citado profesional no fue exclusiva para la audiencia de pruebas, aquel 22 de noviembre de 2018, sino que en la audiencia inicial tampoco asistió, alegando con posterioridad quebrantos de salud que no se probaron; dejándose en la audiencia de prueba pronunciarse frente esa inasistencia y la consecuente sanción (art. 180, 3.4. de la Ley 1437 de 2011).

Finalmente, existía otro escenario posible, que tampoco fue utilizado, si el apoderado de la parte demandante, consideraba que se le estaba conculcando algún derecho por parte de la Juez, bien pudo recurrir la decisión por aquella adoptada en esa diligencia actuando a través de un abogado sustituto o inmediatamente después, proponiendo la nulidad que considerara necesaria según los postulados consagrados en la Ley 1564 de 2012³⁷, artículos 133 y 134 del CGP, normas que a continuación se transcriben:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”.

(...)

ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

Para la Sala, es inviable flexibilizar el análisis del presupuesto de subsidiariedad, en la medida que la accionante no es una persona que requiera de protección reforzada, aquello no fue alegado y del expediente no se infiere esa condición; adicionalmente, existía la posibilidad de recurrir el mencionado auto³⁸ sustituyendo el poder; por lo tanto, solo a la parte es imputable tal descuido.

En ese contexto, el presente amparo es improcedente toda vez que se incumple con

³⁷ CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el nuevo código general del proceso, Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá DC, 2011, p.221:

“Las providencias de segunda instancia deben cumplirse sin falta por el inmediato inferior jerárquico, luego que reciba el expediente que decida la alzada, suceso en el cual el *a quo* proferirá auto de obediencia a lo resultado por el superior, y en él dispondrá lo pertinente para su cumplimiento (CGP, art. 329, inc. 1º). Olvida este postulado el inferior que dispone cosa distinta, o realiza otro acto procesal, así sea equivocada la decisión del *ad quem*.”

³⁸ CC. T-717 de 2011.

uno de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad, como lo es el de la subsidiariedad, dado que no utilizaron los recursos ordinarios para cuestionar el auto que decidió continuar con la diligencia y tampoco se alegó ante el juez natural del proceso reparatorio, la causal de nulidad.

Conforme a lo anterior, no hallándose acreditados los presupuestos generales de procedibilidad fijados por la Corte Constitucional, para la procedencia de este medio constitucional, se abstendrá esta Sala de proseguir con el resto de las causales especiales; declarando en esta oportunidad la improcedencia del amparo fundamental deprecado.

Ahora bien, no escapa a este Tribunal, que entre las solicitudes de amparo se encuentra la solicitud declaración de parte de la demandante; asunto que jamás se requirió en el proceso de Reparación Directa, por tanto, no pudo existir alguna consideración por el Juzgado accionado, en ninguna de las etapas ya recorridas, siendo improcedente pretender por esta acción ampliar el período probatorio, para adjuntar o requerir pruebas, por fuera de las oportunidades previstas por el legislador.

9. LAS CONCLUSIONES: Teniendo claro el anterior panorama, se itera, la única decisión posible en este caso concreto, es la improcedencia de la presente acción constitucional ante el incumplimiento del principio de la residualidad, al no presentar prueba sumaria de su dicho y no discutir su inconformidad ante el juez natural del proceso de reparación directa; esto es, al no haber utilizado los medios de defensa ordinarios que tenía a su alcance; resaltando que no existe prueba que la accionante sea un sujeto de especial protección constitucional.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA,

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado por la señora MARLENE JUDITH HERNÁNDEZ GALVÁN, contra el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMITIR este expediente, a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, de no ser impugnada.

CUARTO: ORDENAR el archivo del expediente, surtidos los trámites anteriores.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta Sala No. 056

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.