

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Requisitos generales de procedencia

En una primera época esta Corporación Judicial, incluso la Sección Quinta, consideró improcedente el empleo de la tutela como instrumento para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales. Entre otros motivos, como esencial razón, porque se estimó que el trámite y definición del proceso judicial ordinario dentro del cual fueron proferidas las providencias censuradas era prueba fehaciente de que el conflicto o el reclamo, contó con debate y definición judicial idóneo y eficaz por el juez natural competente, pues operó el medio de defensa judicial existente para el efecto, situación que según mandato del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, hace que en estos eventos el mecanismo de la tutela no proceda. También, frente a este tema, tomó en consideración que la Corte Constitucional pese a que en sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992 declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que consagraban el ejercicio de este mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales contra decisiones judiciales, seguidamente abrió camino a la tutela contra providencias judiciales con la creación jurisprudencial de la teoría de la vía de hecho en sus diferentes modalidades, que con posterioridad perfeccionó con la elaboración de la teoría de las causales genéricas de procedibilidad (defecto sustantivo, orgánico o procedimental, defecto fáctico, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución). Así, esta Sala en una apertura progresiva de admisión excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, cuando la lesión se atribuye a una decisión judicial, ha venido sosteniendo que solo en situaciones muy especiales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, es admisible que la tutela constituya el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o transgredidos, imponiéndose en estos eventos ampararlos para garantizar la justicia material inherente a la dignidad humana. Al paso del tiempo, el 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación proferida por importancia jurídica, adoptó la tesis de la admisibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se evidencie que contienen atropello a derechos fundamentales... En el presente, en consonancia con esta tesis de unificación que debe acatarse, la Sala considera que a fin de determinar si acomete el estudio de fondo con el objeto de establecer si la providencia judicial quebranta derechos fundamentales, es necesario verificar, previamente, en cada caso, que se encuentren presentes parámetros básicos que conciernen a: i) inexistencia de otros medios de impugnación judiciales ordinarios y extraordinarios; ii) que se haya ejercido la tutela dentro de un tiempo razonable a partir de cuándo comenzó a padecerse la vulneración del derecho fundamental; iii) que no se trate de tutela contra decisión de tutela; iv) que la materia o el asunto en el que radica la alegada transgresión sea de relevancia constitucional; y, v) que el solicitante haya alegado el quebrantamiento del derecho fundamental en el proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible. Entonces, solo si estas exigencias se encuentran superadas, la Sala abordará el fondo del reclamo que la solicitud de tutela presente, examen que se circunscribirá al sustento jurídico en el que se soporte la amenaza y/o el quebrantamiento de los derechos fundamentales

que se aleguen. Si la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, y no representa reabrir el debate de instancia ni implica intervención del juez de tutela en aspectos propios de la autonomía del juez natural, y se llegaren a encontrar afectados los derechos fundamentales invocados por el actor, será del caso adoptar las medidas necesarias para corregir tal situación.

NOTA DE RELATORIA: En lo atinente a la providencia de Sala Plena de esta Corporación que modificó el criterio jurisprudencial en el sentido de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando aquella viole derechos fundamentales, consultar: sentencia del 31 de julio de 2012, expediente: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González.

AUDIENCIA DE CONCILIACION - Ausencia de facultad para conciliar / FACULTAD PARA CONCILIAR - Representante judicial carece de facultad para conciliar

Es evidente que en este caso no existe la alegada violación porque no se accedió al señalamiento de una nueva fecha para celebrar la diligencia de conciliación, por las siguientes razones: No se desconoce de la existencia de una excusa por parte de la apoderada judicial de la ESE para concurrir a la diligencia de conciliación y tampoco la explicación que el Juzgado dio frente a no darle trámite al memorial de aplazamiento de la audiencia, bajo la consideración que no cumple con los requisitos de ley, esto es firmado en original para garantizar la autenticidad del escrito. Sin embargo, lo cierto es que el motivo de tal decisión radicó en que el apelante, esto es, la ESE Policarpa Salavarrieta no asistió a la audiencia. Tal razonamiento no evidencia la vulneración del derecho fundamental que invocan las tutelantes, pues en el caso bajo examen y como lo señaló el juzgado al resolver la reposición contra el auto que declaró desierto el recurso, la apoderada que presentó la excusa no estaba facultada para conciliar, y ello impedía que se aceptara la excusa que presentó. Correspondía al representante legal de FIDUAGRARIA S.A., quien obra y actúa como sociedad liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta - en Liquidación, solicitar directamente el aplazamiento de la audiencia de conciliación toda vez que en su cabeza radicaba la titularidad de esta potestad. Entonces, si la representante judicial no tenía la facultad para CONCILIAR siendo éste el objeto de la diligencia judicial para la cual se convocó, lo lógico es que justificar su inasistencia, incluso antes de su celebración, en virtud de la incapacidad médica que la cubría, no podía generarle los efectos del aplazamiento reclamado, pues no estaba habilitada con tal facultad por su titular a efectos de que lo representara en esa audiencia o incluso, pidiera su aplazamiento. Tampoco acepta la Sala el argumento de la abogada tutelante relativo a que en la práctica es en la audiencia de conciliación donde se aporta y se acredita mediante la presentación del poder, que está dotada de la facultad para actuar en la diligencia. Este razonamiento de la impugnante como alegación para considerar lesionado su derecho resulta anticipado, hipotético y no real. Tal determinación porque tal vez sea la forma generalizada en que actúan los abogados en estas diligencias; sin embargo, lo realmente significativo para el sub lite, es que para cuando la abogada presentó la excusa de asistencia, se insiste, no estaba legitimada para actuar con tal fin, y era deber de las partes y de sus representantes judiciales tomar las medidas previsibles ante estas eventualidades, que lógicamente implicaban la presencia del representante de la ESE o de un apoderado debidamente facultado para asistir a esta audiencia de carácter obligatorio. Finalmente, encuentra la Sala que la abogada tutelante expresó en su memorial de inasistencia de otro motivo para solicitar el aplazamiento de la audiencia, consistente en que el Comité de conciliación no se había reunido. Esta

razón, permite inferir que la entidad apelante no se había preparado para asistir a la diligencia programada. Este hecho tampoco justifica que el representante legal de la ESE en liquidación, no hubiera concurrido a atender la citación que se hizo. De esta manera, el entendimiento que le otorgó el Juzgado accionado a esta petición de aplazamiento, no constituyó una violación al debido proceso, pues precisamente en el acta se consignó tanto la excusa de la apoderada de la entidad como la inasistencia del representante legal de la misma. Ello, para sustentar su decisión relativa a que quien apeló no concurrió a la audiencia de conciliación, cuya asistencia, se repite, es obligatoria, máxime que para quien ejercitó el recurso de apelación, se fijaron efectos precluyentes y adversos a sus intereses. Bajo las anteriores consideraciones se concluye que las decisiones cuestionadas en cuanto no accedieron a citar a la realización de una nueva audiencia de conciliación en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye vulneración del derecho fundamental invocado, motivo por el cual, se confirmará la sentencia impugnada que negó la tutela.

FUENTE FORMAL: LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 43 / LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 45 / LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 103 / LEY 1395 DE 2010 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 101

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00116-01(AC)

Actor: E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA, EN LIQUIDACION, Y OTRA

Demandado: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE VILLAVICENCIO

Procede la Sala a resolver la impugnación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 9 de abril de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo

La abogada **Gina Paola Silva Vásquez** quien actúa en su propio nombre y en representación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en liquidación, ejerció acción de tutela contra el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de

Villavicencio con el fin de que se les protegiera el derecho fundamental al debido proceso que consideran vulnerado con las providencias de 14 de junio de 2013 y 10 de febrero de 2014. La primera de tales decisiones declaró fallida la audiencia de conciliación de que trata el artículo 43 de la Ley 640 de 2001 y en consecuencia, declaró desierto el recurso de apelación que habían interpuesto contra la sentencia de primera instancia que dictó el juzgado accionado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora Martha Lelia Chaux García. El otro auto, no repuso tal decisión y negó por improcedente el recurso de queja.

2. Situación fáctica

El Juzgado accionado el 28 de febrero de 2013 profirió sentencia en el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento de derecho que adelantó la señora Martha Lelia Chaux García en contra de la ESE Policarpa Salavarrieta

La parte accionada ejerció, en término, el recurso de apelación contra el anterior fallo. Por auto de 19 de abril 2013 se fijó para el 3 de mayo del mismo año, la audiencia de conciliación que ordena el artículo 70¹ de la Ley 1395 de 2010².

La abogada tutelante fue incapacitada el 28 de abril de 2013 y hasta el 5 de mayo del mismo año. Por este motivo, pidió al juez el 29 de abril, vía correo electrónico, el aplazamiento de la audiencia de conciliación para cuyo sustento anexó copia de dicha incapacidad médica. Además, expuso que el comité de conciliación no se había reunido para efectos de indicar que concepto acogería.

A pesar de tal excusa, indican que el 3 de mayo de 2013 se celebró la audiencia de conciliación programada. A ésta únicamente asistió el apoderado de la parte actora. Por auto del 14 de junio del mismo año, la diligencia se declaró fallida por la inasistencia de la representante legal de la ESE y desierto el recurso de apelación que se había interpuesto.

¹ **ARTÍCULO 70.** Adiciónese un cuarto inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, cuyo texto será el siguiente:

En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

PARÁGRAFO. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

² Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

La accionante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de queja contra la anterior providencia. Por auto de 10 de febrero de 2014 el despacho judicial tutelado, negó la reposición y también la expedición de las copias requeridas para tramitar la queja, en razón a que: **i)** el poder que le fue otorgado a la apoderada judicial de la E.S.E., carece de la facultad de conciliar y **ii)** “[...] *el que debía asistir [a la audiencia de conciliación] era el representante de la Fiduagraria [entidad encargada de la liquidación de la E.S.E. tutelante]*”.

Las tutelantes insisten que el juzgado tutelado incurrió en vía de hecho al no aceptar la incapacidad médica como excusa para acreditar su ausencia en la diligencia de conciliación.

También en defecto procedimental, porque se desconoció que la justificación que presentó se ajusta a los requerimientos del artículo 101 del C.P.C. en cuanto el certificado de incapacidad médica, esto es: **i)** se presentó con anterioridad a la celebración de la audiencia y **ii)** constituye prueba sumaria.

Con fundamento en lo anterior, solicitaron:

“Que se proteja los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y derecho de defensa de la E.S.E POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN.

Que se proteja mi derecho a ejercer libremente mi profesión y también mi debido proceso.

Que como consecuencia de la anterior protección se ordene al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio, se revoque el auto que decidió no tener por válida la excusa médica presentada y que declaró desierto el recurso.

Que en su lugar se ordene al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio fijar nuevamente fecha para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación consagrada en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 para garantizar el derecho fundamental de doble instancia”.

3. Trámite de la solicitud

Por auto de 27 de marzo de 2014³, el Tribunal Administrativo del Meta, admitió la

³ Folio 44 - 45 del expediente.

solicitud de tutela y ordenó notificar al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio. También se negó la medida cautelar solicitada tendiente a “[...] suspender cualquier acción de cobro o de ejecución de la sentencia”. El a quo para sustentar su decisión señaló: “[...] no se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar que la medida sea válida y urgente para proteger los derechos que indica el solicitante le fueron vulnerados”.

Posteriormente, mediante providencia del 3 de abril de 2014⁴, se vinculó a la señora Martha Lelia Chaux García, demandante en el proceso ordinario⁵.

4. Respuesta del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio

Luego de relatar las actuaciones surtidas en el proceso ordinario, incluso la expedición del fallo, destacó que a la audiencia de conciliación programada para el 3 de mayo de 2013, únicamente asistió el apoderado de la demandante. Que en consecuencia, por auto de 14 de junio de 2013 la declaró fallida y desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 28 de febrero de 2013.

En relación con el recurso de reposición y, en subsidio de queja, señaló que lo despachó de manera desfavorable porque advirtió que **i)** la apoderada judicial de la E.S.E. carecía de la facultad de conciliar y, **ii)** del análisis de la Escritura Pública N° 3116 de 20 de octubre de 2008 mediante la cual se otorgó poder general judicial a la Sociedad Comercial Muñoz Abogados Compañía Ltda., para la representación y defensa judicial de la E.S.E., se estableció que:

*“[...] aquella no podrá adelantar conciliaciones, **sin previa y expresa autorización del Apoderado General del Liquidador que es FIDUAGRARIA S.A. o del Representante Legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarieta**, cuyo representante es FIDUPREVISORA S.A. y se reitera que en el expediente no existe documento por el cual se le conceda la facultad para conciliar en este asunto a la abogada Gina Paola Silva Vásquez.*

Siendo ello así, se colige que quien tenía el deber de asistir a la diligencia conciliación era el Representante Legal del Liquidador de la E.S.E.

⁴ Folio 57 del expediente.

⁵ La respuesta que rindió el apoderado de la tercera vinculada se presentó luego de haberse proferido la sentencia de primera instancia.

Policarpa Salavarieta, esto es, la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., o del Representante Legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarieta, cuyo representante es FIDUPREVISORA S.A., quienes no presentaron ninguna excusa”.

Por último, resaltó que la apoderada judicial de la entidad demandada tenía la posibilidad de sustituir el poder con ocasión de su incapacidad médica “[...] *dada la gravedad de las consecuencias jurídicas de la sanción legal por la no comparecencia del apelante de la sentencia a la audiencia de conciliación*”. Que si bien la decisión de sustituir el poder hace parte del libre ejercicio de la profesión debió ponderarla frente a las implicaciones jurídicas derivadas de la inasistencia a la diligencia de conciliación.

Respecto a la no expedición de copias para el trámite del recurso de queja precisó que de conformidad con los artículos 377 y 378 del C.P.C., este mecanismo solo procede ante la denegación de la apelación, situación que no se presenta en este caso, en el que se declaró desierta la alzada por la inasistencia del recurrente a la audiencia de conciliación.

Con fundamento en lo expuesto solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela.

5. La sentencia impugnada

Mediante fallo del 9 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo del Meta negó el amparo deprecado. Como fundamento de su decisión expuso que de conformidad con el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, adicionado por el 70 de la Ley 1395 de 2010, la inasistencia del apelante a la audiencia de conciliación devendrá en la declaratoria del recurso de apelación. Concluyó que la tutelante “[...] *no estaba facultada para participar en la audiencia de conciliación y por lo consiguiente la juez no le podía desconocer derechos fundamentales a ella y a la entidad porque en ese momento no los tenían*”. (fl. 72).

6. La impugnación

La parte impugnante indicó que no desconoce el deber que le asiste, como recurrente, de concurrir a la audiencia de conciliación del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, requisito de imperioso cumplimiento para decidir sobre la admisión

de la alzada. Sin embargo, insiste en que tanto el juez tutelado como el a quo dejaron de analizar las causales de justificación que se pueden presentar para no asistir a la diligencia conciliatoria.

Que de conformidad con el artículo 103 de la Ley 446 de 1998 y el 101 del C.P.C., es posible justificar la inasistencia a la audiencia de conciliación, como ocurrió en el caso objeto de estudio, pues antes de la diligencia solicitó su aplazamiento y la fijación de nueva fecha y hora para su realización, con fundamento principal en su incapacidad médica.

Respecto de la posibilidad de sustituir el poder alegó que ello es una facultad a la que puede acudir, pero no es una actuación forzosa, ella dependerá de la necesidad y complejidad y “[...] considera que este argumento no es de recibo para negar el amparo constitucional [...]”.

En relación con la ausencia de poder para conciliar destacó que el representante legal de la entidad pública es quien tiene tal potestad. Que en su condición de apoderada judicial es la emisora de la entidad y comunica la decisión que al respecto tome el comité de conciliación.

Por lo anterior, informa que en la práctica, el abogado defensor de la entidad demandada el día de la audiencia se presenta ante el juez de conocimiento, con un “*poder especial*” otorgado por el representante legal, para poder intervenir y comunicar la decisión del comité de conciliación.

Así las cosas, considera que: **i)** la acreditación de la facultad de conciliación debía exigirse al momento de la diligencia y; **ii)** en este asunto, quien debió excusarse por su inasistencia era la abogada tutelante y no el representante legal de la entidad demandada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Constitución Política en el artículo 86 consagró una acción especial para facilitar la garantía inmediata de los derechos fundamentales dotada de un procedimiento breve y sumario que tiene como rasgos esenciales la subsidiariedad y la residualidad porque sólo procede si no existe otro mecanismo

judicial ordinario de defensa de los derechos que se consideran amenazados o conculcados.

No obstante, esta causal de improcedencia se excepciona, a las voces del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando el reclamo de protección se propone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el que será valorado por el juez constitucional según las circunstancias en las que se encuentre el actor con el fin de establecer que el medio judicial ordinario no resulta idóneo para evitarlo o remediarlo.

1. De la evolución en el Consejo de Estado de la tesis sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

En una primera época esta Corporación Judicial, incluso la Sección Quinta, consideró improcedente el empleo de la tutela como instrumento para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales. Entre otros motivos, como esencial razón, porque se estimó que el trámite y definición del proceso judicial ordinario dentro del cual fueron proferidas las providencias censuradas era prueba fehaciente de que el conflicto o el reclamo, contó con debate y definición judicial idóneo y eficaz por el juez natural competente, pues operó el “medio de defensa judicial” existente para el efecto, situación que según mandato del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, hace que en estos eventos el mecanismo de la tutela no proceda.

También, frente a este tema, tomó en consideración que la Corte Constitucional pese a que en sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992 declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que consagraban el ejercicio de este mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales contra decisiones judiciales, seguidamente abrió camino a la tutela contra providencias judiciales con la creación jurisprudencial de la teoría de la vía de hecho en sus diferentes modalidades⁶, que con posterioridad perfeccionó con la elaboración de la teoría de las causales genéricas de procedibilidad (defecto sustantivo, orgánico o procedimental, defecto fáctico, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución)⁷.

⁶ En relación con la vía de hecho de las providencias judiciales puede consultarse, entre muchas otras la sentencia T-162 de 1999 de la Corte Constitucional.

⁷ Al respecto véase la sentencia T- 949 de 2003, M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

Así, esta Sala en una apertura progresiva de admisión excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, cuando la lesión se atribuye a una decisión judicial, ha venido sosteniendo que solo en situaciones muy especiales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, es admisible que la tutela constituya el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o transgredidos, imponiéndose en estos eventos ampararlos para garantizar la justicia material inherente a la dignidad humana.

Al paso del tiempo, el 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación proferida por importancia jurídica, adoptó la tesis de la admisibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se evidencie que contienen atropello a derechos fundamentales.

Sostuvo que en tales casos el juez de tutela debe adentrarse en el examen de fondo de la situación. Al respecto, luego de realizar un detenido recuento histórico de las posiciones asumidas por las diferentes secciones sobre esta materia en los últimos años, precisó:

“(...)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”⁸ (Subrayas de la Sala).

⁸ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, radicado: 11001-03-15-000-2009-01328-01, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

En el presente, en consonancia con esta tesis de unificación que debe acatarse, la Sala considera que a fin de determinar si acomete el estudio de fondo con el objeto de establecer si la providencia judicial quebranta derechos fundamentales, es necesario verificar, previamente, en cada caso, que se encuentren presentes parámetros básicos que conciernen a: *i)* inexistencia de otros medios de impugnación judiciales ordinarios y extraordinarios; *ii)* que se haya ejercido la tutela dentro de un tiempo razonable a partir de cuándo comenzó a padecerse la vulneración del derecho fundamental; *iii)* que no se trate de tutela contra decisión de tutela; *iv)* que la materia o el asunto en el que radica la alegada transgresión sea de relevancia constitucional; y, *v)* que el solicitante haya alegado el quebrantamiento del derecho fundamental en el proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.

Entonces, solo si estas exigencias se encuentran superadas, la Sala abordará el fondo del reclamo que la solicitud de tutela presente, examen que se circunscribirá al sustento jurídico en el que se soporte la amenaza y/o el quebrantamiento de los derechos fundamentales que se aleguen.

Si la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, y no representa reabrir el debate de instancia ni implica intervención del juez de tutela en aspectos propios de la autonomía del juez natural, y se llegaren a encontrar afectados los derechos fundamentales invocados por el actor, será del caso adoptar las medidas necesarias para corregir tal situación.

2. Examen de estos presupuestos en el caso concreto

En el sub examine la abogada tutelante controvierte la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Villavicencio que no le tuvo en cuenta la incapacidad médica que presentó para justificar la solicitud de aplazamiento de la audiencia de conciliación programada en el proceso ordinario adelantado por la señora Martha Lelia Chaux García a efectos de conceder la apelación. Que esta situación generó que ese despacho judicial declarara fallida la diligencia y desierto el recurso de apelación.

En el sub examine, y al realizar el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela, cuando se dirige contra providencias judiciales, se advierte

que: **a)** se trata de las decisiones dictadas **i)** el 14 de junio de 2013 en el trámite de una acción de nulidad y restablecimiento que declaró fallida la audiencia de conciliación y desierto el recurso de apelación que interpuso la actora y **ii)** el 10 de febrero de 2014 que resolvió de manera negativa el recurso de reposición y en subsidio de queja presentado contra la anterior decisión; **b)** no existe medio de impugnación ordinario para controvertir esta última providencia; **c)** el amparo fue solicitado dentro de un plazo razonable respecto de las últimas de las decisiones que se enjuicia, esto es, la providencia de 10 de febrero de 2014 toda vez que la tutela se radicó el 26 de marzo del mismo año y **d)** la solicitud no se dirige contra una sentencia de tutela.

Ahora bien, en lo que respecta a los demás parámetros de estudio, la Sala estima necesario proceder al análisis de lo reclamado por las tutelantes a efectos de examinar si como lo sostienen los tutelantes, la no aceptación de la excusa de inasistencia a una audiencia de conciliación, les vulneró su derecho fundamental al debido proceso pues dadas las consecuencias de su inasistencia, se les declaró desierto el recurso de alzada.

3. De lo acreditado en el expediente

Para efectos de adoptar la decisión que corresponde vía impugnación, es necesario conocer del trámite que se impartió a la solicitud de aplazamiento de la diligencia de conciliación, así:

- La ESE tutelante por intermedio de apoderada judicial⁹ presentó recurso de apelación contra la sentencia del 28 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado accionado (fls. 23 al 30).
- Por auto de 19 de abril de 2013 el Despacho judicial tutelado en cumplimiento del artículo 43 de la Ley 640 de 2001, adicionado por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, fijó el 3 de mayo del mismo año como fecha para celebrar la audiencia de conciliación (fl. 104).

⁹ La apoderada que actúa también en nombre propio en esta acción, presentó el recurso de apelación en ejercicio de la sustitución de poder que la representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ABOGADOS CIA LTDA le otorgó en razón al mandato general contenido en la Escritura Pública N° 3116.

- El 29 de abril de 2013, antes de celebrarse la conciliación, la apoderada de la ESE solicitó el aplazamiento de la audiencia con fundamento en dos argumentos: **i)** que se encontraba incapacitada hasta el 5 de mayo de ese año; y **ii)** que el comité de conciliación no se había reunido “[...] para impartir las indicaciones para la audiencia” (fls. 105 y 106).
- El juzgado accionado sin decidir la solicitud de aplazamiento, en la fecha programada, instaló la audiencia de conciliación. En el acta dejó constancia de: **i)** la asistencia del apoderado de la demandante **ii)** que la apoderada de la ESE había solicitado aplazamiento de la diligencia y **iii)** que la representante legal de la ESE Policarpa Salavarrieta, entidad apelante, no se hizo presente. (fl. 107).
- Por auto de 14 de junio de 2013 el Juzgado declaró fallida la audiencia de conciliación y desierto el recurso de apelación para lo cual destacó la inasistencia de la recurrente a la mencionada diligencia y manifestó que no dio “[...] trámite al memorial visible a folios 533 y 534 porque no cumple con los requisitos de ley, esto es, firmado en original, para garantizar la autenticidad del escrito”. Igualmente, consideró que “si el apelante no asiste” a la audiencia se declarará desierto el recurso.
- Esta decisión fue recurrida por la abogada de la entidad apelante, vía reposición y en subsidio queja. Como argumentos del recurso precisó que, en efecto, la excusa médica la allegó “escaneada” en virtud de que la audiencia se celebraría el 3er día hábil siguiente “[...] y era importante que el despacho conociera mi impedimento para poder asistir”. Además, destacó que no presentó el original de la incapacidad porque la entregó a su empleador para los correspondientes trámites ante la EPS.

También, señaló que a pesar de que presentó su excusa con anterioridad a la diligencia de conciliación, el Juzgado la resolvió con posterioridad a la audiencia por lo cual no tuvo la oportunidad de “[...] subsanar lo que el despacho no considera válido”.

- El 10 de febrero de 2014 el Juzgado no repuso la decisión recurrida porque la abogada representante de la E.S.E. Además, de reiterar los argumentos de su decisión señaló que la apoderada no estaba facultada para conciliar. Que dicha

potestad está radicada en el representante legal de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. y/o FIDUAGRARIA, quien no asistió y tampoco presentó excusa alguna.

Agregó que la citada profesional tenía la posibilidad de sustituir el poder “[...] *so pena de la sanción legal por la no comparecencia del apelante de la sentencia a la audiencia de conciliación*”.

Finalmente consideró que no había lugar a la expedición de copias para tramitar el recurso de queja. Que este mecanismo no procede contra la decisión que declaró desierto el recurso de apelación.

4. De la decisión

Se pide por la ESE Policarpa Salavarrieta y la abogada que la representa¹⁰ en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento, que les sea amparado el derecho al debido proceso, que consideran vulnerado por las providencias que se cuestionan, en cuanto éstas no fijaron una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación de que trata la Ley 640/2001, cuando se ha presentado recurso de apelación contra una “*sentencia condenatoria*”. La excusa la presentó la apoderada¹¹ con anterioridad a la celebración de la diligencia, sustentada en la incapacidad médica que la cobijaba para tal fecha.

De conformidad con el contenido de las decisiones a las que se hizo mención atrás, se advierte que efectivamente en ellas no se dispuso una nueva fecha para la audiencia de conciliación, al contrario, se declaró fallida y en consecuencia, desierto el recurso de apelación por la no asistencia del apelante a la audiencia.

En orden a decidir es de resaltar que esta audiencia está reglada en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001¹², adicionado por la Ley 1395 de 2010¹³. La norma prescribe:

¹⁰ A quien se le otorgó poder especial por parte de la firma de abogados a la que se le designó como apoderada general de la ESE según Escritura Pública N° 3116.

¹¹ abogada Gina Paola Silva Vásquez

¹² Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones

¹³ Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial

“ARTÍCULO 43. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

(...)

En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, **el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. LA ASISTENCIA A ESTA AUDIENCIA SERÁ OBLIGATORIA.**

PARÁGRAFO. SI EL APELANTE NO ASISTE A LA AUDIENCIA, se declarará desierto el recurso (Subrayas y mayúsculas fuera de la texto).

Esta disposición establece que cuando el apelante no concurra a la diligencia de conciliación se declarará desierto su recurso. Sin embargo, tal imperativo debe analizarse de manera armónica con lo dispuesto por el artículo 45 *ibídem*¹⁴, que prevé en qué casos es posible que la inasistencia de una parte se encuentre justificada. Tal norma se remite a las causales que para el efecto determina el artículo 103¹⁵ de la Ley 446 de 1998¹⁶.

Ahora bien, en el presente asunto la apoderada judicial de la ESE antes de la celebración de la audiencia, pidió el aplazamiento de la audiencia en virtud a una incapacidad médica que justificaba su no concurrencia a la diligencia por celebrarse. Pero adicionalmente indicó que “*el Comité de conciliación no se ha reunido para impartir las indicaciones para la audiencia*”.

El artículo 101 del CPC, en lo que respecta a las causales de inasistencia refiere que:

¹⁴ **ARTÍCULO 45.** Si la audiencia, solicitada de común acuerdo, no se celebrare por alguna de las causales previstas en el párrafo del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, el Juez fijará una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación. La nueva fecha deberá fijarse dentro de un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles.

Si la audiencia no se celebrare por la inasistencia injustificada de alguna de las partes, no se podrá fijar nueva fecha para su realización, salvo que las partes nuevamente lo soliciten de común acuerdo.

¹⁵ **ARTÍCULO 103.** La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación judicial prevista en esta ley o a la contemplada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes consecuencias en el proceso:

(...)

PARÁGRAFO. Son causales de justificación de la inasistencia:

1. Las previstas en los artículos 101 y 168 del Código de Procedimiento Civil.
2. La fuerza mayor y el caso fortuito, que deberán acreditarse al menos sumariamente dentro de los cinco (5) días siguientes.

El auto que resuelve sobre la solicitud de justificación o que imponga una sanción, es apelable en el efecto diferido.

¹⁶ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.”

“ARTÍCULO 101. Cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario, luego de contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, el juez citará a demandantes y demandados para que personalmente concurren, con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio. (...)

PARÁGRAFO 2. INICIACIÓN.

1. Si antes de la hora señalada para la audiencia, ALGUNA DE LAS PARTES presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará el quinto día siguiente para celebrarla, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

(...)” (Negrillas fuera de texto).

De conformidad con la normativa revisada y arribando al caso que ocupa a la Sala, es evidente que en este caso no existe la alegada violación porque no se accedió al señalamiento de una nueva fecha para celebrar la diligencia de conciliación, por las siguientes razones:

- No se desconoce de la existencia de una excusa por parte de la apoderada judicial de la ESE para concurrir a la diligencia de conciliación y tampoco la explicación que el Juzgado dio frente a no darle trámite al memorial de aplazamiento de la audiencia, bajo la consideración que *“no cumple con los requisitos de ley, esto es firmado en original para garantizar la autenticidad del escrito”*. Sin embargo, lo cierto es que el motivo de tal decisión radicó en que el apelante, esto es, la ESE Policarpa Salavarrieta no asistió a la audiencia.
- Tal razonamiento no evidencia la vulneración del derecho fundamental que invocan las tutelantes, pues en el caso bajo examen y como lo señaló el juzgado al resolver la reposición contra el auto que declaró desierto el recurso, la apoderada que presentó la excusa no estaba facultada para conciliar, y ello impedía que se aceptara la excusa que presentó.
- Correspondía al representante legal de FIDUAGRARIA S.A.¹⁷, quien obra y actúa como sociedad liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta - en Liquidación, solicitar directamente el aplazamiento de la audiencia de conciliación toda vez que en su cabeza radicaba la titularidad de esta potestad.

¹⁷ Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario.

- Entonces, si la representante judicial¹⁸ no tenía la facultad para “CONCILIAR” siendo éste el objeto de la diligencia judicial para la cual se convocó, lo lógico es que justificar su inasistencia, incluso antes de su celebración, en virtud de la incapacidad médica que la cubría, no podía generarle los efectos del aplazamiento reclamado, pues no estaba habilitada con tal facultad¹⁹ por su titular a efectos de que lo representara en esa audiencia o incluso, pidiera su aplazamiento.
- Tampoco acepta la Sala el argumento de la abogada tutelante relativo a que en la práctica es en la audiencia de conciliación donde se aporta y se acredita mediante la presentación del poder, que está dotada de la facultad para actuar en la diligencia. Este razonamiento de la impugnante como alegación para considerar lesionado su derecho resulta anticipado, hipotético y no real. Tal determinación porque tal vez sea la forma generalizada en que actúan los abogados en estas diligencias; sin embargo, lo realmente significativo para el *sub lite*, es que para cuando la abogada presentó la excusa de asistencia, se insiste, no estaba legitimada para actuar con tal fin, y era deber de las partes y de sus representantes judiciales tomar las medidas previsibles ante estas eventualidades, que lógicamente implicaban la presencia del representante de la ESE o de un apoderado debidamente facultado para asistir a esta audiencia de carácter obligatorio.
- Finalmente, encuentra la Sala que la abogada tutelante expresó en su memorial de inasistencia de otro motivo para solicitar el aplazamiento de la audiencia, consistente en que el Comité de conciliación no se había reunido. Esta razón, permite inferir que la entidad apelante no se había preparado para asistir a

¹⁸ La abogada actúa como apoderada especial en el proceso que se dictaron las providencias cuestionadas en virtud de la sustitución que le efectuó la firma MUÑOZ y ABOGADOS COMPAÑÍA LIMITADA, en virtud del poder general que le confirió la fiduciaria liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta¹⁸.

¹⁹ La cláusula segunda del contrato de mandato general prevé: “El representante legal de la Sociedad Muñoz Abogados Compañía Limitada también denominada IURIS MARK LIMITADA queda ampliamente facultado para el ejercicio del poder general de representación judicial aquí conferido, según el artículo 70 del C.P.C., **quedando expresamente facultado para designar apoderados** y atender todo tipo de diligencias tales como interrogatorios de parte,, inspecciones judiciales etc, de tal modo que en ningún caso la Entidad poderdante se quede sin representación judicial. En general para que asuma la personería judicial de la entidad poderdante cuando lo estime conveniente o necesario en los procesos judiciales en los que sea parte. No obstante, la Sociedad Muñoz Abogados Compañía Limitada también denominada IURIS MARK LIMITADA **NO PODRÁ ADELANTAR CONCILIACIONES**, sin previa y expresa autorización del Apoderado general del Liquidador o del Representante Legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Liquidación o quien haga sus veces [...]”

la diligencia programada. Este hecho tampoco justifica que el representante legal de la ESE en liquidación, no hubiera concurrido a atender la citación que se hizo.

- De esta manera, el entendimiento que le otorgó el Juzgado accionado a esta petición de aplazamiento, no constituyó una violación al debido proceso, pues precisamente en el acta se consignó tanto la excusa de la apoderada de la entidad como la inasistencia del representante legal de la misma. Ello, para sustentar su decisión relativa a que quien apeló no concurrió a la **audiencia de conciliación**, cuya asistencia, se repite, es obligatoria, máxime que para quien ejercitó el recurso de apelación, se fijaron efectos precluyentes y adversos a sus intereses.

- Bajo las anteriores consideraciones se concluye que las decisiones cuestionadas en cuanto no accedieron a citar a la realización de una nueva audiencia de conciliación en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye vulneración del derecho fundamental invocado, motivo por el cual, se confirmará la sentencia impugnada que negó la tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 9 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30²⁰ del Decreto 2591 de 1991. Para tal efecto, y como la apoderada de la entidad tutelante, quien también obra en su propio nombre, y el apoderado de la tercera vinculada al trámite de tutela, informaron en sus escritos de solicitud y contestación, respectivamente²¹, que recibían notificaciones en las direcciones de correo electrónico allí señaladas, por Secretaría, se procederá a enviar las

²⁰ “ARTICULO 30. NOTIFICACION DEL FALLO. El fallo se notificará por telegrama **o por otro medio expedito** que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido.”

²¹ Folios 10 y 76

notificaciones del caso, en los términos del artículo 203 del CPACA²². Se dejarán las constancias pertinentes. De no ser posible el envío y certificación de recibo del correo electrónico, se utilizarán los otros medios allí informados.

TERCERO.- ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (artículo 32, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado
Con Salvamento de voto

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Conjuez

²² Esta norma le resulta aplicable toda vez que la tutela se está tramitando en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo y en nada se opone al Decreto 2591 de 1991, en cuanto a los medios autorizados con tal propósito.