El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Sentencia – 2ª instancia – 22 de febrero de 2017

 Proceso : Acción de tutela – Modifica decisión del a quo declarando improcedente la acción

 Accionante (s) : Diana Midreth Jaramillo Galvis

 Accionado (s) : Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira y otra

 Litisconsorte (s) : César Octavio Henao Vélez y otros

 Radicación : 2016-00368-02

 Despacho de origen : Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 146 de 22-02-2017

 Temas : **DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / NO SE AGOTARON LOS RECURSOS / IMPROCEDENCIA.** “Revisado el acervo probatorio se tiene que la *a quo* accionada con sentencia del 05-04-2016 accedió a las pretensiones reivindicatorias y ordenó a los demandados entregar el inmueble (Folios 41 a 44, cuaderno No.1); luego, con auto del 06-05-2016 se comisionó a la Inspección Municipal de Policía -Reparto- local (Folios 45, cuaderno No.1.), seguidamente, el 25-08-2016, y luego de varias trabas que impidieron hacerla anteriormente, se practicó, se rechazó la oposición presentada por la accionante y se concedió la apelación contra dicha decisión (Folios 103 a 111, cuaderno No.1); devueltas la diligencias al juzgado de conocimiento, con decisión del 28-09-2016, dispuso denegar la alzada (Folio 9, este cuaderno), notificado por estado del 29-09-2016 (Folio 9 vuelto, ibídem), sin que fuera recurrido (Folio 8, ib.), de tal suerte, que se advierte que pretermitió agotar los recursos ordinarios, pese a su procedencia (Artículos 348 y 377, CPC) , actitud totalmente opuesta a la de quien alega la vulneración de sus derechos al debido proceso. Hay que decir que la condición de tercera interviniente repercute en la obligación que tenía de asumir las cargas procesales propias de dicho trámite, y que se itera, dejó de emplearlas. Evidente, entonces, es la falta del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela no puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa, cuando por negligencia, descuido o incuria dejó de utilizarlos a su debido tiempo. (…) Acorde con lo expuesto, esta acción de tutela es improcedente porque se incumple uno de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad frente a decisiones judiciales, como lo es en de la subsidiariedad, pretermitió agotar los mecanismos ordinarios.”.

Pereira, R., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Informó la accionante que es poseedora del bien inmueble ubicado en la carrera 15 bis No.19-24 y que la Inspectora 11 de Policía local en diligencia practicada el 25-08-2016 así lo constató, sin embargo, ordenó su desalojo porque consideró que era una simple tenedora. Agregó que no fue asesorada debidamente por el apoderado judicial que designó en su representación porque no le indicó cómo debía presentar su oposición y que careció de defensa dentro del proceso que se adelanta por el Juzgado accionado (Folios 12 a 16, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Refiere la vulneración de sus derechos al debido proceso, la igualdad y acceso a la administración de justicia (Folio 12, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que se ordene: (i) Dejar sin efectos la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Civil Municipal; y, (ii) Detener el desalojo programado para el 26-09-2016, hasta tanto se resuelva la nulidad que se formuló en el proceso radicado al No.2015-00822-00 (Folio 12, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que con providencia del 26-09-2016 la admitió, vinculó a quienes estimó conveniente y dispuso notificar a la partes, entre otros ordenamientos (Folio 18, ibídem); se practicó inspección judicial el 30-09-2016 (Folio 114, ibídem); luego, se profirió sentencia el 10-10-2016 (Folios 117 a 122, ibídem); y, posteriormente, con proveído del 24-10-2016 se concedió la impugnación formulada por la accionante, ante este Tribunal (Folio 131, ib.).

Ya en esta instancia el 29-11-2016 se declaró la nulidad por indebida notificación de los vinculados (Folios 4 y 5, cuaderno No.2); seguidamente, la jueza de conocimiento con auto del 05-12-2016 dispuso cumplir la orden de esta Corporación (Folio 138, cuaderno No.1); el 16-12-2016 dictó sentencia (Folios 152 a 157, ibídem) y, finalmente con auto del 23-01-2017 concedió la impugnación presentada por el señor José Fernando Henao Vélez (Folio 163, ib.).

La *a quo* negó el amparo constitucional por improcedente (Sic) porque la accionante tuvo asesoría durante la diligencia practicada por la inspección de policía y voluntariamente aceptó entregar el inmueble; agregó que su ex–esposo debió alegar la posesión de inmueble dentro del proceso reivindicatorio y que no es de su competencia pronunciarse en relación con las nulidades y recurso de apelación pretendidos contra las decisiones tomadas en la diligencia de entrega (Folios 152 a 157, ib.).

El opugnante únicamente refirió que: *“(…) quiero impugnar el fallo (…), por considerar que se me vulneraron todos mis derechos. (…)”* (Folio 162, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación de la parte actora?
2. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO
	1. La legitimación en la causa

Sobre la legitimación en la causa, la autorizada doctrina de la CC, constitutiva de precedente vertical, expresa[[1]](#footnote-1): “*(…) el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la persona que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales puede ejercer la acción de tutela, para que ella o su representante conjure esa situación. Además, prevé que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección, cuando el titular de aquellos se encuentra imposibilitado de solicitar su salvaguarda[[2]](#footnote-2) (…)”*.

Específicamente, la Corte instituyó la siguientes subreglas jurisprudenciales[[3]](#footnote-3): *“(…) (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal (…)”*.

Esta doctrina constitucional la comparte la CSJ y la ha reiterado en su jurisprudencia[[4]](#footnote-4): “*Ciertamente, aunque el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que ‘cualquier persona’ puede acudir a la referida acción, no debe desconocerse, que a renglón seguido condiciona su legitimación a que ella sea la ‘vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales’, no el de terceros, como así también se menciona en el artículo 86 de la Constitución Política, al decir que a tal mecanismo sólo puede acudir quien le hayan sido ‘vulnerados o amenazados’ aquellos* (…)”.

También ha dicho la CSJ[[5]](#footnote-5) en lo atinente a la tutela contra actuaciones o providencias dictadas dentro de un proceso que: “*«cualquier actuación, sin importar el sentido y el alcance de la misma, derivada de aquéllas diligencias judiciales, cuando se someta a examen en el escenario de la tutela, por considerar que se vulneró algún derecho fundamental, ha de ser impetrada por quienes allí intervinieron como terceros reconocidos o participaron en calidad de parte». (CSJ STC, 6 mar 2012, Rad. 00357-00)”.* De tal suerte que las decisiones de un juez, o autoridad administrativa actuando como administrador de justicia, solo pueden ser atacadas por quienes intervinieron en el proceso, es decir, alguno de los extremos de la litis o los terceros, únicos facultados para controvertirlas, y, por contera para formular la acción de tutela.

* 1. Las sub-reglas de análisis en la procedibilidad frente a decisiones judiciales

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 2005[[6]](#footnote-6), 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 N.[[7]](#footnote-7).

Ahora, en 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 constitucional[[8]](#footnote-8).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[9]](#footnote-9) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la CC[[10]](#footnote-10) 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; (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 tutela[[11]](#footnote-11).

De otra parte, como requisitos o causales especiales de procedibilidad, se han definido los

siguientes: (i) Defecto orgánico, (ii) Defecto procedimental absoluto, (iii) Defecto fáctico, (iv) Error inducido, (v) Decisión sin motivación, (vi) Defecto material o sustantivo; (vii) Desconocimiento del precedente; y, por último, (viii) violación directa de la Carta. Un sistemático recuento puede leerse en la obra de los doctores Catalina Botero M.[[12]](#footnote-12) y Quinche R.[[13]](#footnote-13).

* 1. 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 (…)”[[14]](#footnote-14).*

La CC[[15]](#footnote-15) en su jurisprudencia ha destacado la importancia de preservar el principio de subsidiariedad en el amparo constitucional:

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

Conforme a lo sostenido por la Corte, 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”*[[16]](#footnote-16). Además, la Corte ha sido consistente en su criterio[[17]](#footnote-17). También la CSJ se ha referido al tema[[18]](#footnote-18) y prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

1. EL CASO CONCRETO

Se analizará la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados, de acuerdo con las puntuales pretensiones, así como, la inferida de los hechos expuestos en la tutela, con fundamento en la informalidad que reviste este tipo de asuntos constitucionales, que permite su promoción por cualquier persona y no exige el acatamiento de tecnicismo alguno.

En torno a las pretensiones de la accionante encaminadas a que se deje sin efecto la sentencia dictada en el proceso radicado 2015-00822-00 y se suspenda el desalojo programado para el 26-09-2016, hasta tanto sea resuelta la nulidad propuesta (Folio 12, cuaderno No.), se considera que carece de legitimación por activa para promover este amparo, toda vez que no es parte en el proceso reivindicatorio, ni fue la persona que formuló la referida nulidad; no olvida la Sala que es una tercera interviniente en aquel asunto, por cuenta de la oposición que hecha a la diligencia de entrega del inmueble, sin embargo, dicha condición únicamente le permite alegar la vulneración de sus derechos frente a las diligencias y providencias relacionadas con aquella entrega, y nunca, frente a actuaciones que solo pueden ser controvertidas por las partes, en ese trámite.

En ese orden de ideas, se declarará improcedente la tutela con relación a las aludidas pretensiones, porque la actora carece de legitimación para promoverla.

De otro lado, y como quiera que del petitorio de tutela se infiere (Hechos) que también se queja de la vulneración de su derecho al debido proceso, porque la inspectora 11 municipal de policía local, no aceptó la oposición que, como poseedora del inmueble ubicado en la Cra.15 bis No.19-24 en la diligencia de entrega, dispuesta por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de esta ciudad, dentro del proceso reivindicatorio radicado No.2015-00822-00, pasará la Sala a estudiar dicho pedimento.

Dado que los requisitos generales de procedibilidad son concurrentes, esto es, incumplido uno, se torna inane el examen de los demás, menos podrían revisarse los supuestos especiales, en consecuencia, el análisis se concentrará en la subsidiariedad, porque es el elemento que se echa de menos y resulta suficiente para el fracaso de esta pretensión.

Revisado el acervo probatorio se tiene que la *a quo* accionada con sentencia del 05-04-2016 accedió a las pretensiones reivindicatorias y ordenó a los demandados entregar el inmueble (Folios 41 a 44, cuaderno No.1); luego, con auto del 06-05-2016 se comisionó a la Inspección Municipal de Policía -Reparto- local (Folios 45, cuaderno No.1.), seguidamente, el 25-08-2016, y luego de varias trabas que impidieron hacerla anteriormente, se practicó, se rechazó la oposición presentada por la accionante y se concedió la apelación contra dicha decisión (Folios 103 a 111, cuaderno No.1); devueltas la diligencias al juzgado de conocimiento, con decisión del 28-09-2016, dispuso denegar la alzada (Folio 9, este cuaderno), notificado por estado del 29-09-2016 (Folio 9 vuelto, ibídem), sin que fuera recurrido (Folio 8, ib.), de tal suerte, que se advierte que pretermitió agotar los recursos ordinarios, pese a su procedencia (Artículos 348 y 377, CPC) , actitud totalmente opuesta a la de quien alega la vulneración de sus derechos al debido proceso.

Hay que decir que la condición de tercera interviniente repercute en la obligación que tenía de asumir las cargas procesales propias de dicho trámite, y que se itera, dejó de emplearlas.

Evidente, entonces, es la falta del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela no puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa, cuando por negligencia, descuido o incuria dejó de utilizarlos a su debido tiempo[[19]](#footnote-19).

Cabe acotar que la accionante no es una persona que requiere de protección reforzada[[20]](#footnote-20), ni se encontraba en una situación de imposibilidad para recurrir el mencionado auto[[21]](#footnote-21), máxime cuando tuvo asistencia de un apoderado judicial, de tal modo que amerite un análisis flexible del requisito de procedibilidad echado de menos, por ende solo a la parte le es imputable tal descuido.

Acorde con lo expuesto, esta acción de tutela es improcedente porque se incumple uno de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad frente a decisiones judiciales, como lo es en de la subsidiariedad, pretermitió agotar los mecanismos ordinarios.

Además de lo referido, advierte la Sala que, no obstante, las actuaciones en las que se alega la vulneración al debido proceso fueron decididas con arreglo al CPC, sin tener en cuenta que para la época en que fueron adelantadas ya se encontraba regente en su totalidad el CGP, también es improcedente el análisis de dicha irregularidad en este asunto constitucional, toda vez que, no fueron objeto de reparo alguno por la parte actora.

Adicionalmente, hay que decir que la pretensión encaminada a que se disponga la suspensión de la orden de desalojo hasta tanto sean desatadas las nulidades presentadas, es igualmente improcedente, en razón a que la accionante no las propuso, es decir, carece de legitimación.

Así las cosas, será confirmado el fallo venido en impugnación, en cuanto a la improcedencia del amparo constitucional, pero por las razones aquí expuestas.

No obstante lo anterior, estima esta judicatura necesario hacer una aclaración metodológica sobre la parte resolutiva en cuanto si el asunto era improcedente por incumplirse el citado presupuesto, es decir, que los supuestos de procedibilidad no se superaron, se imponía declararla improcedente y no negarla. Así lo ha dicho la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional[[22]](#footnote-22): *“(…) en cuanto la decisión es declarar la improcedencia de la acción impetrada, más no negar la protección pedida. Nótese cómo establecer la procedencia de la acción antecede al análisis de la vulneración o no de un derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer, precisamente al determinarse que no procede (…)”.*

Hay diferencia entre negar la acción y declararla improcedente, porque la primera hipótesis, impone analizar el fondo de la cuestión, mientras que la segunda es un estadio previo que impide tal estudio.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo expresado, (i) Se confirmará parcialmente el fallo reprochado; (ii) Se modificará su numeral 1º, para declarar improcedente la tutela frente a los accionados, y, (iii) Se adicionará un numeral para levantar la medida previa decretada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR parcialmente la sentencia dictada el 16-12-2016 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira.
2. MODIFICAR el numeral 1º del fallo opugnado, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción constitucional propuesta frente al Juzgado Séptimo Civil Municipal y la Inspección Once Municipal de Policía de Pereira*.*
3. LEVANTAR la medida provisional decretada, sobre la suspensión de la diligencia de entrega programada para el 26-09-2016.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

 *(CON ACLARACIÓN DE VOTO) DGH / ODCD / 2017*

1. CC. T-083 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-069 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-377 de 2014, reiterada en la sentencia T-083 de 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. STC del 13-12-2011, radicado No.00284-02; reiterada en STC5313-2015, STC5520-2015, STC2344-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. STC15561-2015. [↑](#footnote-ref-5)
6. QUINCHE R., Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-6)
7. QUIROGA N., Édgar Andrés. Tutela contra decisiones judiciales, Universidad Santo Tomás y Editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.83. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-107 de 2016 y T-064 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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. [↑](#footnote-ref-12)
13. QUINCHE R., Manuel Fernando. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Temis SA, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-103 de 2014. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-662 de 2013, T-037 de 2016 y T-120 de 2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ, Civil. STC3931-2016 y STC6121-2015. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. T-429 de 2011. [↑](#footnote-ref-21)
22. CC. T-002 de 2009. [↑](#footnote-ref-22)