El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 6 de septiembre de 2018

Proceso: Acción de Tutela –

Radicación Nro. : 66400-31-89-001-2018-00379-03

Accionante: Duberney Guapacha Monsalve

Accionado: Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda

Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo

**Temas: DEBIDO PROCESO/ TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / SUBSIDIARIEDAD/ / EL ACCIONANTE OMITIÓ FORMULAR MEDIO IMPUGNATIVO/ PERJUICIO IRREMEDIABLE –No se acreditó-/ CONFIRMA**

Así que se omitió el mecanismo procesal que se tenía al alcance para remediar la situación que se estima anómala y con el que es pertinente controvertir las decisiones ante el juez natural, que, en últimas, es quien conoce de primera mano el proceso, tanto la de negar, como la de decretar pruebas; a lo que se suma el hecho irrefutable de que la parte aquí accionante en la contestación de la demanda, no solicitó la inspección judicial que ahora depreca (pág. 51, CD, f. 21, c. 1), como tampoco, en ningún otro momento del proceso, reclamó del juzgado que procediera a darle curso a sus aparentes excepciones, o a las pruebas que ahora echa de menos.

Se hace la salvedad, en todo caso, en punto a que dicha prueba es obligatoria en el proceso de pertenencia consagrado en el artículo 375 del mismo estatuto, no en la reivindicación que se analiza; por el contrario, dicha prueba, en este juicio, se rige conforme el canon 236 del CGP, cuyo segundo inciso establece “*Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba”.*

(…)

Se reafirma, entonces, la marcada improcedencia del amparo, pues solo resta recordar que la regla de la subsidiariedad puede romperse, al tenor de esa misma norma, cuando media un perjuicio irremediable. Dicho menoscabo se caracteriza por ser inminente y grave, de manera que las medidas que se deban adoptar por vía de tutela sean impostergables para restablecer el derecho, como en múltiples ocasiones lo ha sostenido también la jurisprudencia, condiciones todas que el actor debe acreditar, pero que en el de marras estuvo lejos de hacerlo[[1]](#footnote-1).

Por consiguiente, se confirmará la sentencia impugnada, pero por las razones aquí expuestas, ya que en este amparo no se superaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, específicamente el de subsidiaridad; se adicionará el fallo para desvincular los demás citados en primera instancia al no hallar trasgresión, por su parte, de los derechos invocados.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, septiembre seis de dos mil dieciocho

Expediente 66400-31-89-001-2018-00379-03

Acta N° 332 de septiembre 6 de 2018

Procede la Sala a decidir la impugnación contra la sentencia dictada el 17 de julio del presente año por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia - Risaralda, en la presente acción de tutela promovida por **Duberney Guapacha Monsalve,** frente al **Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda,** a la que fueron vinculados **Olga Cecilia Hernández Henao y Carlos Alberto Hurtado Gonzáles.**

**ANTECEDENTES**

Con el fin de lograr la protección de los derechos a la igualdad, debido proceso y vivienda digna, Duberney Guapacha Monsalve, promovió la presente acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia-Risaralda, en la que solicita dejar sin efecto la sentencia proferida por el despacho accionado, en el proceso reivindicatorio que en su contra y de otro instauró Olga Cecilia Hernández Henao, radicado con el Nº 66001-40-23-008-2013-00009-00.

Narró que la señora Olga Cecilia Hernández Henao, presentó demanda reivindicatoria ante ese despacho, para que le fuera restituido el inmueble que él ocupa desde hace más de 30 años; explica que por conducto de apoderada judicial, oportunamente, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso como excepción de mérito la de prescripción.

El pasado 23 de abril se profirió fallo, se declaró el dominio del bien en cabeza de la demandante y se dispuso la restitución por parte de los demandados, quienes fueron considerados poseedores de mala fe; como se trata de un proceso verbal de mínima cuantía ningún recurso procedía para exponer las deficiencias de la decisión, en la que se incurrió tanto en un defecto fáctico, como en uno sustantivo, primero porque no se realizó inspección judicial, y segundo, porque no se corrió traslado a la parte demandante de la excepción de prescripción por él presentada.

Finalmente manifestó que es una persona pobre, sin más bienes ni lugar dónde vivir que la casa que le ordenaron restituir.

El Juzgado de primera instancia dio trámite a la acción, dispuso las citadas vinculaciones y ordenó al funcionario encartado la remisión de copias de las actuaciones adelantadas en el proceso verbal de marras (f. 15, c. 2).

El funcionario encartado indicó que resulta ilógico que el accionante pretenda que el despacho declare probada una excepción que no alegó al momento de contestar la demanda; solicitó desestimar el amparo por cuanto, en el proceso reivindicatorio, se respectaron los derechos fundamentales invocados por el libelista (f. 20, c.1)

La vinculada Olga Cecilia Hernández Henao, argumentó el carácter residual y subsidiario de este mecanismo constitucional; explicó que, contrario a lo denunciado en la acción de tutela, al señor Guapacha Monsalve se le respetó el debido proceso. Dijo que tampoco se le está vulnerando su derecho a una vivienda digna, porque lo que quedó claro en el proceso es que él no vive en el bien objeto de reivindicación, sino que “*se metió abruptamente al inmueble*” para luego arrendárselo a Carlos Alberto Hurtado, quien así lo reconoció (f. 22, c.1)

Previa nulidad decretada en esta sede, por la indebida notificación de uno de los intervinientes en el juicio reivindicatorio (f. 4, c. 3), sobrevino el fallo de primera instancia, en el que, previo análisis de fondo del asunto, y de hallar a salvo los derechos fundamentales del actor, declaró la improcedencia del amparo (f. 94, c. 1).

Impugnó el accionante, quien insistió en la transgresión invocada, por la incursión en los defectos fáctico y sustantivo endilgados a la sentencia proferida.

**CONSIDERACIONES**

La acción de tutela se constituye en un medio ágil y expedito para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, la protección de sus derechos fundamentales, si ellos son vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, en determinados casos, por particulares.

Según se desprende de la narración y del escrito de impugnación, se acude en esta oportunidad en procura de la protección de los derechos fundamentalesmencionados*,* por la inconformidad que le causa al accionante, principalmente, el hecho de que se haya proferido sentencia en el proceso reivindicatorio al que hizo mención, sin que se hubiera realizado la inspección judicial al inmueble objeto del litigio, con lo que a su juicio, se configuró una causal de nulidad, que no puede pasar por alto el juez constitucional.

El Juzgado de instancia, se dijo, declaró la improcedencia del amparo y no estimó conculcados los derechos fundamentales invocados durante el decurso del proceso reivindicatorio objeto de estudio.

Reiteradamente se ha expuesto que a pesar de la inexequibilidad de las normas que en el Decreto 2591 de 1991 preveían la acción de tutela contra providencias judiciales[[2]](#footnote-2), tal mecanismo se abre paso en aquellos eventos en los que se incurra en una vía de hecho, o como se denominan ahora, criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces, en que solo cabe un amparo de esta naturaleza en la medida en que concurra alguna de las causales generales o específicas, delineadas por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones. Sobre ellas, recientemente, en las sentencias SU573 de 2017 y SU004 de 2018, aludiendo a la C-590 de 2005, recordó que las primeras obedecen a que (i) el asunto tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que la irregularidad procesal tenga incidencia en la decisión de fondo; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y los hechos hayan sido cuestionados dentro del proceso; y (vi) que el fallo censurado no sea de tutela. Y en cuanto a las segundas, es decir, las causales específicas, se compendian en los defectos (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, y (iv) fáctico; así como en (v) el error inducido, (vi) la decisión sin motivación; (vii) la violación directa de la Constitución; y (viii) el desconocimiento de precedentes.

De frente a ese derrotero, para la Sala, dígase desde ya, el amparo impetrado se torna improcedente. Así se afirma, porque acorde con lo que señala el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela, esta no puede abrirse paso *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”*

Y es que según lo dejan ver las copias del proceso que obran el cartulario (CD, f. 21, c. 1), el ahora accionante, en repetidas ocasiones, omitió hacer uso de los mecanismos ordinarios para contrariar lo por esta especial senda reprocha.

Obsérvese que, luego de trabada la litis, la secretaría dejó constancia del vencimiento de términos para proponer excepciones, tanto frente a la demanda principal, como a la reforma (f. 83, CD); enseguida, el juez convocó a la audiencia del artículo 392 del CGP, y allí decretó las pruebas (f. 84), se notificó por estado el 8 de agosto de 2017 y quedó en firme el 11 siguiente, de acuerdo con la nota que reposa al folio 85, ya que no fue recurrido.

Ni durante esa ejecutoria, ni con posterioridad, se alegaron ante el funcionario de conocimiento las irregularidades que ahora se invocan, incluso la presunta indebida integración del contradictorio. Durante la audiencia denominada *“de instrucción y juzgamiento”,* realizada el 21 de noviembre de 2017, que culminó el 23 de abril del presente año (pág. 109 a 111 del CD, f. 21, c.1), a la que asistió el señor Guapacha Monsalve, nada se dijo durante las varias fases desarrolladas.

Se advierte, entonces, la anunciada improcedencia, por la evidente inutilización del recurso de reposición (artículo 318 del CGP) que, en principio, es el instrumento idóneo para plantear, en el escenario natural del proceso, toda la argumentación que en el escrito de tutela se expone, el que procedía contra el auto que programó fecha para la audiencia, etapa en la cual se pudo discutir que, previamente, había que correr traslado de las presuntas excepciones propuestas.

Sin que deba cuestionarse la idoneidad de tal medio impugnativo, cuando la jurisprudencia ha recalcado la importancia de su agotamiento, que garantiza que la deliberación que incoa el interesado, se surta primero ante el funcionario que tiene pleno conocimiento del proceso y no frente al juez constitucional. Precisamente, ha reiterado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que:

[D]e conformidad con el artículo 348 del C. de P. Civil [hoy día 318 del Código General del Proceso] era perfectamente viable formular la queja que ahora plantea a través de ese recurso ordinario, de modo que al omitir su interposición no es conducente que acuda después a este trámite extraordinario, breve y sumario para suplir su incuria.

Y, no se diga que el recurso de reposición es ineficaz, so pretexto de que el funcionario que emitió el proveído recurrido es quien lo resuelve, pues de aceptarse tal aserto lo que se pondría en entredicho sería la idoneidad y utilidad de dicho medio impugnativo, supuestamente porque la autoridad judicial, en principio, no variaría su decisión, razonamiento que la Corte considera deleznable, si se tiene en cuenta que lo que animó al legislador para instituirlo como medio de defensa fue el de brindarle al juez de conocimiento una oportunidad adicional para que revise su determinación y, si hubiere lugar a ello, que la enmiende, propósito que, aparte de acompasar con los principios de economía y celeridad procesal, asegura desde el inicio el derecho de contradicción de los sujetos intervinientes, especialmente en asuntos que se tramitan en única instancia (CSJ STC, 3 ago. 2011, rad. 00741-01; citada, entre otras, en CSJ STC13490-2015, 2 oct. 2015, rad. 2015-01854-01)[[3]](#footnote-3).

Así que se omitió el mecanismo procesal que se tenía al alcance para remediar la situación que se estima anómala y con el que es pertinente controvertir las decisiones ante el juez natural, que, en últimas, es quien conoce de primera mano el proceso, tanto la de negar, como la de decretar pruebas; a lo que se suma el hecho irrefutable de que la parte aquí accionante en la contestación de la demanda, no solicitó la inspección judicial que ahora depreca (pág. 51, CD, f. 21, c. 1), como tampoco, en ningún otro momento del proceso, reclamó del juzgado que procediera a darle curso a sus aparentes excepciones, o a las pruebas que ahora echa de menos.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara la tesis de que el proceso estuvo viciado por no haberse practicado la inspección judicial al inmueble objeto del litigio, emergería, sin duda, la vía ordinaria para rebatir lo que por esta senda denuncia, esto es, la nulidad cuando se omite la práctica de una prueba que se anuncia como obligatoria, de conformidad con el numeral 5 del artículo 135 del CGP, con lo cual, cuando menos, se hubiera puesto en consideración del juez natural la argumentación que en esta sede se esgrime.

Se hace la salvedad, en todo caso, en punto a que dicha prueba es obligatoria en el proceso de pertenencia consagrado en el artículo 375 del mismo estatuto, no en la reivindicación que se analiza; por el contrario, dicha prueba, en este juicio, se rige conforme el canon 236 del CGP, cuyo segundo inciso establece “*Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba”.*

Y las pruebas recaudas durante el trámite, fueron suficientes para que el funcionario tuviera certeza sobre la identidad del objeto a restituir, hecho que, en últimas, era el que se pretendía demostrar con la mentada inspección judicial; para el efecto el funcionario dijo en la sentencia:

“En cuanto al tercer presupuesto, es decir, la identidad del bien pretendido en la demanda con el poseído por los demandados, sobra cualquier esfuerzo analítico, por la potísima razón que el bien objeto de reivindicación, descrito en la pretensión primera de la demanda, coincide plenamente por el poseído por el demandando, lo cual se extrae con claridad meridiana de la documentación aportada en la demanda, así como del mismo dicho de las partes en la demanda y su contestación” (pág. 141, cd. f. 21, c.1)

Por otra parte, acoge esta Colegiatura la razón planteada por la funcionaria de primera sede, cuando expone que en este caso tiene vedado el demandante cualquier reproche en relación con la inaplicación de lo reglado en el parágrafo 1° del artículo 375 del CGP, cuando la norma le imponía, por un lado, proponer la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, en lugar de una mera insinuación del fenómeno prescriptivo en la contestación de la demanda; y por el otro, dar cumplimiento a las cargas que tal norma impone, de lo cual no obra prueba en el expediente.

Consecuencia de lo anterior, y aún si se diera por superado este requisito de procedibilidad, tampoco sería viable endilgarle un yerro fáctico al funcionario por una indebida valoración de las pruebas allegadas al plenario, pues, como se indicó en la acción de tutela, tanto las facturas de agua y luz, como la promesa de compraventa (f. 3, c. 1), tenían como fin demostrar la posesión del bien en cabeza del demandado, cuestión que en el proceso ningún reparo tuvo[[4]](#footnote-4), pero en últimas, resultaban inútiles para sacar avante la prescripción cuando aquella, se reitera, no fue propuesta como excepción.

Se reafirma, entonces, la marcada improcedencia del amparo, pues solo resta recordar que la regla de la subsidiariedad puede romperse, al tenor de esa misma norma, cuando media un perjuicio irremediable. Dicho menoscabo se caracteriza por ser inminente y grave, de manera que las medidas que se deban adoptar por vía de tutela sean impostergables para restablecer el derecho, como en múltiples ocasiones lo ha sostenido también la jurisprudencia, condiciones todas que el actor debe acreditar, pero que en el de marras estuvo lejos de hacerlo[[5]](#footnote-5).

Por consiguiente, se confirmará la sentencia impugnada, pero por las razones aquí expuestas, ya que en este amparo no se superaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, específicamente el de subsidiaridad; se adicionará el fallo para desvincular los demás citados en primera instancia al no hallar trasgresión, por su parte, de los derechos invocados.

**RESUELVE:**

Por lo expuesto, la **Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 17 de julio de 2018 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia - Risaralda, en la presente acción de tutela promovida por **Duberney Guapacha Monsalve,** frente al **Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda – Risaralda.**

Se absuelve a los demás vinculados dentro de la presente acción de tutela.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992.

Oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A su regreso, si no fueran pertinentes más trámites, archívese el expediente.

Notifíquese,

Los Magistrados,

# JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Sentencia T-318/17 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-543-92 [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ STC 3978-2018, 22 de marzo de 2018., rad. 2018-00641-00 [↑](#footnote-ref-3)
4. Así se puede leer en la sentencia proferida por el Juzgado (página 141 del disco compacto visible a folio 21). [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-318/17 [↑](#footnote-ref-5)