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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / REQUISITOS GENERALES Y ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD / NO SE CUMPLE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE A PRUEBAS EXTRA PROCESALES PORQUE SU VALORACIÓN SE HACE EN EL PROCESO EN EL QUE SE PRETENDAN HACER VALER.**

… 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, 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.

… la misma Corporación se ha encargado de precisar y reiterar, que la subsidiariedad puede darse en dos casos: cuando el proceso ya ha terminado, evento en el cual se debe analizar si se hizo uso de todos los mecanismos de defensa con que se contaba, para no revivir términos precluidos o convertir la acción de tutela en una instancia adicional; y cuando el proceso aún se encuentra en trámite, pues, por regla general, en este evento es improcedente la acción en vista de que no puede el juez constitucional suplir al ordinario, siempre que se inadvierta la incursión en un perjuicio irremediable. (…)

Es pertinente lo explicado porque en este concreto caso, se trae a debate constitucional, lo acontecido durante el trámite de una diligencia derivada de una solicitud de prueba extraprocesal.

Como así es, resulta indispensable recordar que el legislador se encargó de establecer, expresamente, el momento en el cual, esa prueba, debe ser valorada y en consecuencia controvertida:

“ARTÍCULO 174. (…) La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, noviembre siete de dos mil dieciocho

Expediente 66001-31-03-005-2018-00777-01

Acta N° 436 del 7 de noviembre del 2018

Procede la Sala a decidir la impugnación contra la sentencia dictada el 18 de septiembre del presente año por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local, en la presente acción de tutela promovida por **Héctor Ayala Pérez** frente al **Juzgado Sexto Civil Municipal de Pereira** y la **Organización Sayco y Acinpro,** a la que fue vinculada la **“Asociación Garrido Abad”.**

**ANTECEDENTES**

Con el fin de lograr la protección de los derechos *“al debido proceso y a la intimidad respecto de la reserva de documentos contables”*, Héctor Ayala Pérez, en calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado *“Hotel Casamelh”*, promovió la presente acción de tutela en contra del Juzgado Sexto Civil Municipal local y la Organización Sayco y Acinpro.

Expuso que el 29 de junio de este año, por solicitud de la organización privada Sayco y Acinpro, el Juzgado accionado practicó una inspección judicial extra procesal en las instalaciones del establecimiento de comercio “*Hotel Casamelh*”; dicha diligencia versó sobre televisores, libros y papeles del comerciante, también el Juzgado solicitó copia de los cobros de telefonía, internet y televisión que se le hacían al hotel.

Denunció que los televisores estaban apagados en el momento de la inspección y el despacho ordenó, no solamente encenderlos, sino también sintonizarlos en un canal musical.

Frente a la diligencia presentó recurso de reposición en el mes de julio de este año, el que fue denegado con auto del 9 de agosto.

Denuncia que el juzgado vulneró su derecho fundamental al debido proceso porque (i) adujo que negaba el recurso de reposición por no haberse presentado durante la inspección, situación en extremo difícil, pues quien atendió la diligencia fue una empleada del hotel sin conocimiento jurídico alguno y porque (ii) irregularmente se manipuló la prueba en tanto al encontrar televisores apagados se ordenó encenderlos y sintonizarlos en canales musicales.

También manifestó que hubo una violación a la intimidad en la reserva de documentos de comercio, comoquiera que se tomaron fotografías de un comprobante de pago de derechos de autor expedido por la Asociación Garrido Abad que estaba pegado en la vitrina principal del establecimiento, que si bien podía ser visto por el público, no podía ser objeto de fotografías, pues para ello debía, previamente, decretarse la prueba al tenor de lo reglado en el artículo 189 del C.G.P., ya que los libros y papeles del comerciante son materia de reserva constitucional, lo que también encuentra sustento en el canon 51 del Código de Comercio, que dispone que harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas.

Corolario de lo dicho, solicitó declarar violentados los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, dejar sin efecto la prueba practicada. También pidió compulsar copia de lo actuado al Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda.

El Juzgado de primera instancia dio trámite a la acción, con las ya citadas vinculaciones, ordenó como prueba la práctica de una inspección judicial en relación con el expediente de la prueba extraprocesal y anexó copia al plenario de las piezas procesales pertinentes para desatar el amparo (f. 13, c. 1).

Compareció Jorge Alonso Garrido Abad, para solicitar, también, el amparo de su derecho fundamental a “*la reserva de documentos contables*”; señaló que, aun cuando él es el representante legal de la asociación Garrido Abad, el comprobante de pago que se involucró dentro de la inspección fue expedido por él, como persona natural y que, por más que ese documento estuviera a la vista, para que pudiera fotografiarse debió procederse conforme con lo reglado por el artículo 189 del C.G.P., esto es informándole previamente al propietario del hotel, el día y la hora en la que iba a realizarse la inspección.

También señaló que la diligencia se practicó sobre elementos diferentes a los solicitados, pues se pidió sobre obras musicales representadas por Sayco y Acinpro y se realizó sobre obras audiovisuales que se comunicaban por medio de los aparatos de televisión.

Finalmente estimó irregular que el Juez hubiera ordenado encender los televisores y sintonizar un canal de música, pues cuando se encendió no era eso lo que se estaba comunicando al público, además que el juez no debió decretar el peritaje, ni el auxilio de un auxiliar de la justicia, pues así le ayudó al solicitante a hacer más elaborada la prueba (f. 30, c.1)

Compareció, por conducto de apoderado judicial, la Organización Sayco y Acinpro quien adujo sobre la improcedencia del amparo, indicó que al tenor del artículo 174 del Código General del Proceso, corresponde al juez ante quien se aduzca la valoración de la prueba extraprocesal y no al juez de tutela.

Estimó ajustada al debido proceso la diligencia adelantada por el juzgado y explicó que el diligenciamiento de un formato de auto- declaración resulta pertinente, pues su objeto es establecer el uso de obras musicales y la titularidad de sus autores, para efectos de que dicha prueba cumpla con los requisitos de utilidad en el futuro proceso verbal que se instaurará contra el establecimiento de comercio.

En lo que toca con la reserva legal mencionada en la demanda, dijo que los comprobantes de pago de los derechos de autor, de conformidad con los artículos 87 y 92 de la ley 1801 del 2018, más allá de que sirvan para soportar costos y registros contables, se constituyen en requisitos de funcionamiento de los establecimientos de comercio, que deben ser expuestos a las autoridades que los exijan; manifestó que es falso que exista alguna reserva legal en relación con ese documento (f. 33, c.1).

Sobrevino el fallo de primera instancia; allí se consideraron superados los requisitos de procedibilidad de esta acción de tutela; adicionalmente se estimó correcto el proceder del Juzgado accionado durante la inspección judicial (f. 59, c.1)

Impugnó el accionante, quien afincó su inconformidad en que el Juzgado de primera instancia omitió referirse al punto central de la demanda, esto es que irregularmente se hubiera encendido el televisor y se hubiera sintonizado en canal de música, porque con ello, de manera sesgada, la prueba quedó materializada (f. 68, c.1)

**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 del libelo inicial y del escrito de impugnación, acude el accionante por la inconformidad que le causa, en últimas, el hecho de que el juzgado hubiera encendido un televisor que se encontraba apagado y, por contera, hubiera sintonizado un canal de música durante la inspección judicial solicitada por Sayco y Acinpro, que en este caso se estudia y las fotografías que se permitieron tomar sobre un documento del que, se dice, cuenta con reserva legal.

El Juzgado de instancia, se dijo, luego de analizar lo sucedido durante la inspección judicial, negó las suplicas del amparo por considerar que la diligencia se desarrolló conforme lo reglado en el artículo 189 del Código General del Proceso.

También indicó que *“es evidente que el valor probatorio de la evidencia recopilada tiene que darlo el juez ante quien se aduzca para acreditar un determinado hecho y esa es una cuestión que a estas alturas, en la que apenas se practicó una prueba extraprocesal no se ha dado”.*

Esa última tesis la comparte la Sala, y como se verá, es el fundamento principal para abstenerse, en sede constitucional, de realizar cualquier valoración de lo acontecido en la diligencia que se cuestiona.

Para el efecto, vale recordar que 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[[1]](#footnote-1), 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.

Adicionalmente, la misma Corporación se ha encargado de precisar y reiterar, que la subsidiariedad puede darse en dos casos: cuando el proceso ya ha terminado, evento en el cual se debe analizar si se hizo uso de todos los mecanismos de defensa con que se contaba, para no revivir términos precluidos o convertir la acción de tutela en una instancia adicional; y cuando el proceso aún se encuentra en trámite, pues, por regla general, en este evento es improcedente la acción en vista de que no puede el juez constitucional suplir al ordinario, siempre que se inadvierta la incursión en un perjuicio irremediable[[2]](#footnote-2).

Es pertinente lo explicado porque en este concreto caso, se trae a debate constitucional, lo acontecido durante el trámite de una diligencia derivada de una solicitud de prueba extraprocesal.

Como así es, resulta indispensable recordar que el legislador se encargó de establecer, expresamente, el momento en el cual, esa prueba, debe ser valorada y en consecuencia controvertida:

 “ARTÍCULO 174. PRUEBA TRASLADADA Y PRUEBA EXTRAPROCESAL. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

 **La valoración** de las pruebas trasladadas o **extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.”** (Se destaca).

Basta la lectura del resaltado para concluir que es el eventual proceso que se inicie contra el propietario del establecimiento de comercio, el escenario en el cual tendrá que desplegarse el arsenal defensivo que ahora se exhibe. Por ello, es inviable que de manera anticipada, en sede constitucional, se realice una valoración de lo recaudado durante la diligencia, máxime cuando la jurisprudencia[[3]](#footnote-3) ha ratificado que el estudio de ese material probatorio está reservado al juez que en últimas conocerá del asunto al que sea allegado:

 26. En la sentencia C-830 de 2002, la Corte Constitucional hizo referencia, en los siguientes términos, a las pruebas anticipadas:

“Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales”.

27. Ahora bien, en la sentencia C-798 de 2003, por la cual se decidió la exequibilidad del inciso tercero del artículo 28 de la Ley 794 de 2003 –que modificó el artículo 300 del C. de P. C., por el cual se señala que con carácter de prueba anticipada, es posible pedir dictamen de peritos, con o sin inspección judicial y, con o sin citación de la parte contraria-, se estableció que para la validez y valoración de estas pruebas debe garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas bien al momento de su práctica bien dentro del proceso en el cual se pretenda hacerlas valer.

De esta manera, la garantía de contradicción de la prueba se mantiene respecto de la práctica de las pruebas anticipadas, aún si se obtuvieron sin la citación de la futura contraparte**, dado que la determinación de la validez y la eficacia de la prueba anticipada en últimas no corresponde al juez que la practica sino al juez que conoce de la controversia en la cual aquellas se pretendan hacer valer. Es decir que, en su momento procesal, la contraparte debe tener la oportunidad para controvertir las pruebas anticipadas dentro del trámite procesal en el cual se pretende su eficacia, lo cual no se opone al derecho de defensa ni al debido proceso que consagra el artículo 29 Superior.**

Lo anterior ha sido corroborado por la doctrina al señalar que “… *concluye la intervención judicial extraproceso con el agotamiento del trámite, pero sin que haya decisión de fondo* [frente a una posible objeción por error grave del dictamen] ***pues ella queda reservada para el juez que, en un futuro, puede conocer el proceso para el cual se adelantó la práctica de la prueba, y en la sentencia que vaya a dictar dentro del mismo determinará a quién le asiste la razón, pues, además que carece de objeto que el juez que conoció el trámite extraprocesal declare o no probada la objeción porque esta decisión no vincula para el futuro***.[[4]](#footnote-4) (Se destaca).

Como quedó visto, ningún análisis de fondo merece el presente asunto por su marcada improcedencia y solo resta recordar que la regla de la subsidiariedad puede romperse, cuando media un perjuicio irremediable, no obstante 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 la parte accionante debe acreditar, pero que en el de marras ni siquiera fueron insinuadas[[5]](#footnote-5).

Por consiguiente, se prohijará la sentencia impugnada, en la que fue atinada la explicación del momento en el cual debe ser valorada la prueba extraprocesal; no obstante, por ese preciso motivo, es necesario modificar la parte resolutiva de la providencia, comoquiera que el amparo es improcedente, lo que hace inviable cualquier análisis de fondo del asunto e incorrecta la denegación que en primera instancia se impartió.

También es improcedente la pretensión que tiende a que se compulsen copias al Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, primero por su vaguedad, dado que en ninguna particular denuncia se asentó, y segundo, porque está en cabeza del solicitante acudir ante las autoridades competentes para elevar las denuncias que estime pertinentes; no es la acción de tutela el instrumento adecuado para dar inicio a este tipo de trámites, pues está destinada a la salvaguarda de derechos fundamentales.

 **DECISIÓN:**

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, **MODIFICA** la sentencia proferida el 18 de septiembre del 2018 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local, en la presente acción de tutela promovida por **Héctor Ayala Pérez,** frente al **Juzgado Sexto Civil Municipal de Pereira y la Organización Sayco y Acinpro,** a la que fue vinculada la **“Asociación Garrido Abad”,** en elsentido de declararla **IMPROCEDENTE.**

 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, archívese.

 Notifíquese,

Los Magistrados,

# JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Sentencia C-543-92 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2014; T-001 de 2017 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-274/12 [↑](#footnote-ref-3)
4. LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Procedimiento Civil. Segunda Edición 2008. Edit Dupré. Página 290. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-318/17 [↑](#footnote-ref-5)