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: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / CUANDO EL PROCESO ORDINARIO ESTÁ EN CURSO / ES OBLIGATORIO AGOTAR LOS RECURSOS Y MECANISMOS DE DEFENSA ANTE EL JUEZ ACCIONADO.**

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005 y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la CC 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. (…)

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”.

Frente al mentado requisito, la jurisprudencia de la CC recordó: “(…) cuando se atacan decisiones judiciales, se analiza de forma diferenciada en los siguientes escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en curso. En el segundo de ellos, en principio, la intervención del juez constitucional está vedada, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario (…)”.

Es evidente que omitió ejercitar el recurso ordinario de reposición frente al proveído que decretó la cautela, aun cuando le era dable hacerlo dentro de los tres (3) días siguientes al que se apersonó del proceso (Artículos 298 y 318-3º, CGP); y, tampoco era del caso que el encausado tramitara aquel escrito como recurso (Artículo 318, Parágrafo, CGP) habida cuenta de que carece de reparos frente a su decisión, a más de que ni siquiera revela petición alguna, según se constató. (…)

Además de lo dicho, se advierte que cuenta con el mecanismo judicial dispuesto en el artículo 600, CGP, relativo a la reducción del embargo, incluso, formulado por su apoderado en el escrito de excepciones presentado el 13-05-2019, pendiente de decidir, sin que se colija mora porque para el día de la promoción de esta tutela aún no había finiquitado el plazo de 10 días de que dispone el a quo para hacerlo (Artículo 120, CGP)



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante (s) : Héctor Fabio Clavijo Jurado

Accionado (s) : Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

Vinculado (s) : Santiago Clavijo Mosquera y otros

Radicación : 66001-22-13-000-2019-00416-00

Temas : Improcedencia - Subsidiariedad

 Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 229 de 05-06-2019

Pereira, R., cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El amparo constitucional de la referencia, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin que se evidencien causales de nulidad que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que en la ejecución por alimentos que se adelanta contra el actor se embargó el 100% de la pensión que percibe porque su pagador retuvo el 50% y el Banco Popular el remanente consignado en la cuenta de ahorros No.230580142610, asimismo, los dineros que tenía en la cuenta No. 24089404182 del Banco Caja Social; formuló derecho de petición, pero se decidió desfavorable, sin tener en cuenta que es su único ingreso, y que ese descuento le impide responder por las obligaciones alimentarias que tiene con otros dos (2) hijos menores (Folios 1-3, este cuaderno).

1. EL DERECHO INVOCADO

Se invocó el mínimo vital y la protección especial de personas en estado de discapacidad (Folio 2, este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que se (i) tutelen los derechos fundamentales; y, en consecuencia, (ii) se ordene al accionado devolver el 50% de la mesada pensional retenida por el Banco Popular y desembargar la cuenta de nómina que tiene en esa entidad financiera (Folio 2, este cuaderno).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

En reparto ordinario se asignó a este Despacho, con providencia del 21-05-2019 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 27, ibídem), el 29-05-2019 se decretó una medida provisional (Folio 72, ibídem) y el 31-05-2019 se hicieron unas vinculaciones (Folio 85, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 28-32, ib.). Contestaron el Juzgado accionado (Folio 35, ib.), los señores Santiago y José Tomás Clavijo Mosquera (Folio 38, ib.), el Jefe del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional (Folio 40, ib.), el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Folio 44-47, ib.), el Procurador 21 Judicial II de infancia, Adolescencia y Familia (Folios 61-64, ib.) y el Banco Popular (Folio 71, ib.).

1. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

El funcionario encausado informa el estado actual de la ejecución y refiere que respondió el derecho de petición presentado por el accionante; desconoce las razones por las cuales está embargado el 100% de su mesada pensional, pese a que la había limitado al 50%; y, en la cuenta de depósitos judiciales solo obra un capital remitido por el Banco Caja Social. Considera que no ha vulnerado derecho alguno (Folio 35, ib.).

Los señores Santiago y José Tomás Clavijo Mosquera manifiestan que parece ser que hubo un mal entendido en cuanto a los valores embargados porque solo se solicitó el 50% y se oponen a la solicitud de desembargo porque así se trasgredieran sus derechos alimentarios (Folio 38, ib.). El Jefe del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional únicamente expone que desde el mes de abril se inscribió la medida de embargo del 50% de la mesada pensional del actor (Folio 40, ib.).

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CASUR explica que el accionante no es titular de asignación mensual de retiro alguna, alega falta de legitimación en la causa porque el pagador del actor es la Tesorería General de la Policía Nacional y la improcedencia de la tutela porque el accionante dejó de agotar los mecanismos judiciales (Folio 44-47, ib.).

El Procurador 21 Judicial II de infancia, Adolescencia y Familia aduce que el amparo es procedente y que es evidente la trasgresión del derecho al mínimo vital, pero no fue con ocasión de un error judicial sino administrativo por parte del pagador del actor. Solicitó amparar la acción (Folios 61-64, ib.). El banco popular expone que en la cuenta No.230-580-14261-0 se realiza el pago de la nómina del actor y que retuvo los dineros allí consignados en atención a la medida decretada por el juzgado encausado (Folio 71, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia. Este Tribunal es competente para conocer la acción en razón a que es el superior jerárquico del Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿El Juzgado accionado, ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante con ocasión del trámite surtido en la ejecución, según lo expuesto en el escrito de tutela?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa dado que el señor Héctor Fabio Clavijo Jurado actúa como ejecutado en el proceso en el que se reprocha la vulneración o amenaza de sus derechos. Y por pasiva, lo es el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por ser la autoridad judicial que conoce del juicio.
		2. 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[[1]](#footnote-1), 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 Natale[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[4]](#footnote-4) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la CC[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6).

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 Marino[[7]](#footnote-7) y Quinche Ramírez[[8]](#footnote-8).

* + 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*”.

Frente al mentado requisito, la jurisprudencia de la CC[[9]](#footnote-9) recordó: *“(…) cuando se atacan decisiones judiciales, se analiza de forma diferenciada en los siguientes escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en curso[[10]](#footnote-10). En el segundo de ellos, en principio, la intervención del juez constitucional está vedada, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario (…)”.* (Sublínea fuera de texto). Criterio también expuesto por la CSJ[[11]](#footnote-11).

Además, sobre este tipo de acciones la CC*[[12]](#footnote-12)* reseñó que: *“Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancial 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 (…)”.*

De tal suerte que deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso[[13]](#footnote-13): *“(i) la acción de tutela no es un mecanismo establecido para reabrir asuntos concluidos en las jurisdicciones ordinaria o contencioso administrativa; revivir términos procesales; o, compensar el desinterés de quienes no acudieron, en la oportunidad legal, a los recursos ordinarios y extraordinarios de que disponían* (…)”. La CC ha sido reiterativa en su criterio[[14]](#footnote-14). También la CSJ[[15]](#footnote-15) prohija este principio.

Ahora, como 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 que sigue se concentrará en la subsidiariedad, porque es el elemento que se echa de menos y resulta suficiente para el fracaso del amparo.

Revisado el acervo probatorio se tiene que la funcionaria de la época con auto del 26-02-2019 libró la orden pago y decretó el embargo y retención del 50% de la mesada pensional del accionante y los dineros que tuviera depositados en cuentas bancarias hasta la suma de $48.121.500,oo, notificado personalmente el 29-04-2019, sin recursos (Folios 64-66 y 78, “paquete 1”, expediente digitalizado del disco compacto visible a folio 66, este cuaderno).

El 02-05-2019 presentó un *“derecho de petición”* explicando que la cuenta del banco popular donde le consignan la mesada pensional se encuentra *“bloqueada”* con ocasión de la medida de embargo dispuesta por el juzgado, *“(…) sin tener en cuenta que la cantidad establecida por la ley sobrepasa el 50%, por lo cual no tengo como acceder al excedente para mi sustento de alimentos, así mismo no he podido ni podré realizar el pago de la cuota alimentaria de mis dos hijos menores (…)”,* pero carente de pretensión específica (Folio 5, ibídem)*;* y, el *a quo* lo respondió con auto del 06-05-2019, en el sentido de que desconoce la razón para embargar el 100% de la mesada pensional, *“(…) es ajeno a esa medida (…)”* y lo insta para que cuestione a su pagador a ese respecto (Folio 6, ibídem).

Es evidente que omitió ejercitar el recurso ordinario de reposición frente al proveído que decretó la cautela, aun cuando le era dable hacerlo dentro de los tres (3) días siguientes al que se apersonó del proceso (Artículos 298 y 318-3º, CGP); y, tampoco era del caso que el encausado tramitara aquel escrito como recurso (Artículo 318, Parágrafo, CGP) habida cuenta de que carece de reparos frente a su decisión, a más de que ni siquiera revela petición alguna, según se constató.

Cabe precisar que el actor podía defender sus intereses personalmente, sin necesidad de la asistencia de un mandatario judicial, por tratarse de una ejecución de mínima cuantía (Artículos 73, CGP; y, 28-2º, Decreto 196 de 1971); y, también que el pedimento debió hacerlo en términos similares a los de este amparo a efectos de que el funcionario pudiera resolver el problema jurídico en el trámite ordinario.

Además de lo dicho, se advierte que cuenta con el mecanismo judicial dispuesto en el artículo 600, CGP, relativo a la reducción del embargo, incluso, formulado por su apoderado en el escrito de excepciones presentado el 13-05-2019, pendiente de decidir, sin que se colija mora porque para el día de la promoción de esta tutela aún no había finiquitado el plazo de 10 días de que dispone el *a quo* para hacerlo (Artículo 120, CGP) (Folios 38-47, “paquete 3” expediente digitalizado del disco compacto visible a folio 36, ibídem).

Así las cosas, es evidente que la presente tutela carece de subsidiariedad, en la medida que no se formuló la reposición frente al proveído cuestionado; y, es prematuro, en consideración a que se presentó sin siquiera esperar a que el problema jurídico relacionado con la reducción del embargo se resolviera en el trámite ordinario, incluso, cabe reseñar que la decisión que se adopte puede impugnarla en la oportunidad debida. Así lo ha dispuesto la jurisprudencia de la CC[[16]](#footnote-16), criterio también expuesto por la CSJ[[17]](#footnote-17).

Para la Magistratura la situación de invalidez en que se encuentra el actor es insuficiente para flexibilizar el análisis del requisito echado de menos toda vez que cuenta con la asistencia de procurador judicial. No está en un estado de indefensión tal que amerite la intervención urgente del juez constitucional en asuntos de competencia exclusiva del juez ordinario[[18]](#footnote-18).

No obstante lo dicho, precisa la Corporación advertir que en la dirección procesal es importante que el funcionario tome todos los recaudos mínimos necesarios a efectos de precaver la proliferación de acciones constitucionales innecesarias que desgasten el aparato judicial.

En la ejecución la cautela se extendió más allá de lo permitido por el legislador, fruto de la ausencia de especificidad en el sentido de que la cuenta de nómina no era objeto del embargo porque ya se había oficiado al pagador con esa finalidad; empero, esta incorrección pudo solventarse una vez se informó dicha situación, incluso, de oficio, sin necesidad de petición, en ejercicio de los amplios poderes de ordenación, instrucción y corrección otorgados en la ley al juez de familia (Artículos 11, 42 y 43, CGP).

En mérito de lo razonado, 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. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela formulada contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, R.
2. LEVANTAR la medida provisional decretada por esta Corporación.
3. REMITIR el expediente a la CC 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*

1. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-1)
2. QUIROGA N., Édgar A. Tutela contra decisiones judiciales, Universidad Santo Tomás y editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.83. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. SU-037 de 2019, SU-056 de 2018, [SU-336 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU336-17.htm), [SU-354 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm), T-137 de 2017 y SU-222 de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-600 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-103 y 396 de 2014. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ. STC3950-2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-180 de 2018, también pueden consultarse las T-103 de 2014 y T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-075 de 2019, T-042 de 2019, SU-210 de 2017, T-181 de 2017, T-233 de 2017, T-323 de 2017, T-001 de 2017, T-038, 106 de 2017, T-037 de 2016, T-120 de 2016 y T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. STC5949-2019,STC8239-2018, STC2349-2017, STC3931-2016, STC6121-2015 y sentencia del 02-09-2014, MP: Margarita Cabello B., No.23001-22-14-000-2014-00097-01. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-103 de 2014. En esta providencia la Corte estableció *“(…) que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres características importantes que llevan a su improcedencia contra providencias judiciales, a saber: (i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico (…)”* [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Sala Civil. STC3950-2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. SU-210 de 2017 y T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-18)