**Tema: TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / Denegación prueba testimonial / Denegación levantamiento medida cautelar / CAUSALES GENÉRICAS Y ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD / Subsidiariedad /** “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 (…)”

“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 (…)”

“Conforme al acervo probatorio el *a quo* mediante proveído del 24-05-2016 admitió el incidente y corrió traslado por el término de tres (3) días (Folios 47 a 49 del PDF denominado “CONTINUACIÓN CUADERNO 1 PROCESO 2014-00030”, contenido en disco compacto visible a folio 68 de este cuaderno); luego con auto del 07-06-2016, se decretaron las pruebas, salvo los testimonios solicitados por los incidentistas al considerar que no se cumplían los requisitos del artículo 219 del CPC (Folios 66 y 67, ibídem), notificado por estado del día 08-06-2016 (Folio 68, ib.), sin que fuera recurrido, pues en el expediente es inexistente documento alguno que así lo refiera, de manera que adquirió firmeza, dado que no se agotaron los recursos de reposición y apelación (Artículos 318 y 321-3º, CGP)

Seguidamente en audiencia celebrada el día 27-07-2016 se recibieron las declaraciones de los testigos (Folios 75 a 79, ib.); y, finalmente, con providencia del 03-08-2016, se negó el levantamiento de la medida cautelar de embargo y secuestro (Folios 80 a 87, ib.), notificada por estado del 04-08-2016 (Folio 88, ib.) ejecutoriada el día 09-08-2016 a las 4:00 pm (Folios 89, ib.), sin que se hiciera reparo alguno, es decir, también adquirió firmeza, pues se pretermitió presentar el recurso de apelación (Artículo 321-5º, CGP).

Así las cosas, se tiene que el accionante no agotó ninguno de los mecanismos ordinarios que tuvo a la mano para atacar el proveído que negó el decreto la prueba testimonial solicitada en el incidente como la providencia que denegó el levantamiento de la medida cautelar.

Evidente, entonces, es la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la Corte Constitucional, 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 no fueron utilizados”

**Citación Jurisprudencial:** Sentencia C-543 de 1992 / sentencia C-590 de 2005 / Sentencia T-917 de 2011. / Sentencias T-107 de 2016 y T-064 de 2015, entre otras. / Sentencia T-307 de 2015. / Sentencia T-134 de 1994. / Sentencia T-103 de 2014. / Sentencia T-567 de 1998. / Sentencia T-662 de 2013. / Sentencia T-717 de 22-09-2011. / Sentencia T-037 de 2016 y T-120 de 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 02-09-2014, M.P.: Margarita Cabello Blanco, expediente No.23001 22 14 000 2014 00097 01. / Providencia STC6121-2015. / Providencia STC3931-2016, entre otras.

--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------


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 : Juan de Dios Giraldo Ortiz

Accionado (s) : Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R.

Litisconsorte (s) : Banco de Bogotá SA y otros

Radicación : 2016-00830-00 (Interno No.830)

 Temas : Subsidiariedad – Sin recursos

 Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 424 de 05-09-2016

Pereira, R., cinco (05) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La acción constitucional referenciada, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin que se evidencien causales de nulidad que las invaliden.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Informó el actor que presentó incidente de levantamiento de embargo y secuestro de un lote de terreno (Una cuadra) que hace parte de la finca *“Salamanca”* dentro del proceso hipotecario radicado al número 2014-00030-00 que se adelanta en el Juzgado accionado, pero fue negado sin citar para rendir testimonio a ninguna de las 41 personas conocedoras de la donación que de ese terreno hizo el señor Germán Hincapié Correa para la construcción de una capilla, una cancha de futbol y casas de habitación.

Se queja también de la valoración que se hizo de la diligencia de secuestro y de que no se recibiera la declaración del ejecutado, señor Germán Hincapié Medina (Folio 1 a 6, de este cuaderno).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

El derecho fundamental al debido proceso (Folio 1, de este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende el accionante que: (i) Se revoque la providencia datada el 03-08-2016; y, (ii) Se ordene al accionado continuar con el trámite del incidente y recibir los testimonios (Folio 6, de este cuaderno).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción de tutela fue asignada por reparto a este Despacho el día 24-08-2016, con providencia del día hábil siguiente se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 51, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folio 52 a 64, ibídem). Contestaron el accionado (Folios 65 y 66, ibídem), los señores Mauricio Salazar Sierra y Carlos Enrique Rendón Mejía (Folios 69 a 74, ib.) y la sociedad Central de Inversiones SA (Folios 76 y 77, ib.).

1. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS
	1. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R.

Refirió el trámite dado al incidente y los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo en cuenta para negar el levantamiento de la medida cautelar; también expuso que los proveídos mediante los cuales se decretaron las pruebas y se puso fin al incidente no fueron recurridos. Pidió negar el amparo puesto que sus decisiones no fueron arbitrarias ni caprichosas (Folios 65 a 66, ib.).

* 1. Los señores Mauricio Salazar Sierra y Carlos Enrique Rendón Mejía

Refirieron que el actor pretende revivir un trámite dentro del cual su apoderado judicial fue descuidado, puesto que no presentó recurso alguno, y con el único fin de dilatar el proceso hipotecario, por lo que se opusieron a las pretensiones de la tutela al considerar que es inexistente una vía de hecho en las actuaciones del *a quo.*  (Folios 69 a 74, ib.).

* 1. La Central de Inversiones SA

Manifestó que carece de legitimación en la causa puesto que vendió a los señores Mauricio Salazar Sierra y Carlos Enrique Rendón Mejía la obligación No.10607000250 que se ejecuta en el proceso hipotecario (Folios 76 y 77, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
	1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer la acción en razón a que es el superior jerárquico del accionado, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R. (Artículos 86 de la CP, 37 del Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

* 1. El problema jurídico a resolver

¿El Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R., ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante con ocasión del trámite surtido en la acción popular, según lo expuesto en el escrito de tutela?

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. La legitimación en la causa

Se cumple la legitimación por activa dado que el actor es parte activa en el trámite incidental en la que se reprocha la falta al debido proceso. Y por pasiva, lo es el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R., al ser la autoridad judicial que conoce del asunto.

Como los litisconsortes vinculados a este trámite, no incurrieron en violación o amenaza alguna, se negará la tutela frente a ellos.

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

A partir de la sentencia C-543 de 1992, mediante la cual se examinaron en sede de constitucionalidad, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que se declararon ajustados a la Carta Política, se 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), que consistió básicamente en sustituir la expresión “vías de hecho” a la de “causales genéricas de procedibilidad” y ensanchar las causales, pasando de cuatro (4) a ocho (8), es decir, las “causales especiales”, que deben reunirse para adentrarse en el estudio concreto del caso.

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[[2]](#footnote-2).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[3]](#footnote-3) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) (2016) 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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6) y Quinche Ramírez[[7]](#footnote-7).

* + 1. El carácter subsidiario de la acción de tutela

La acción de tutela, se halla prescrita en el artículo 86 de la Constitución Nacional, 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 (…)”[[8]](#footnote-8).*

La Corte Constitucional[[9]](#footnote-9) 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”*[[10]](#footnote-10). Además, la Corte ha sido reiterativa en su criterio[[11]](#footnote-11)(2016)[[12]](#footnote-12).

También la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14) (2016)[[15]](#footnote-15), prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

1. EL CASO CONCRETO ANALIZADO

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, 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.

La parte accionante se duele porque el juzgado accionado negó el levantamiento de la medida de embargo y secuestro, sin haber recibido los testimonios de todas las personas que conocieron de la donación que de un porción de la finca denominada “Salamanca” hizo en vida el señor Germán Hincapié Correa.

Conforme al acervo probatorio el *a quo* mediante proveído del 24-05-2016 admitió el incidente y corrió traslado por el término de tres (3) días (Folios 47 a 49 del PDF denominado “CONTINUACIÓN CUADERNO 1 PROCESO 2014-00030”, contenido en disco compacto visible a folio 68 de este cuaderno); luego con auto del 07-06-2016, se decretaron las pruebas, salvo los testimonios solicitados por los incidentistas al considerar que no se cumplían los requisitos del artículo 219 del CPC (Folios 66 y 67, ibídem), notificado por estado del día 08-06-2016 (Folio 68, ib.), sin que fuera recurrido, pues en el expediente es inexistente documento alguno que así lo refiera, de manera que adquirió firmeza, dado que no se agotaron los recursos de reposición y apelación (Artículos 318 y 321-3º, CGP)

Seguidamente en audiencia celebrada el día 27-07-2016 se recibieron las declaraciones de los testigos (Folios 75 a 79, ib.); y, finalmente, con providencia del 03-08-2016, se negó el levantamiento de la medida cautelar de embargo y secuestro (Folios 80 a 87, ib.), notificada por estado del 04-08-2016 (Folio 88, ib.) ejecutoriada el día 09-08-2016 a las 4:00 pm (Folios 89, ib.), sin que se hiciera reparo alguno, es decir, también adquirió firmeza, pues se pretermitió presentar el recurso de apelación (Artículo 321-5º, CGP).

Así las cosas, se tiene que el accionante no agotó ninguno de los mecanismos ordinarios que tuvo a la mano para atacar el proveído que negó el decreto la prueba testimonial solicitada en el incidente como la providencia que denegó el levantamiento de la medida cautelar.

Evidente, entonces, es la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la Corte Constitucional, 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 no fueron utilizados[[16]](#footnote-16).

Para la Sala es inaceptable el argumento expuesto por el accionante, en el sentido de que su apoderado judicial no pudo recurrir el proveído que resolvió el incidente, en razón a que el *a quo* le informó que señalaría fecha para recibir otros testimonios y por el contrario dictó el proveído que resolvió el incidente con celeridad (Folio 5, ib.), porque se trata de un profesional del derecho que conoce el procedimiento aplicable para ese tipo de asuntos, también sabe que las notificaciones de las decisiones se hacen con fijación en estado y no vía telefónica, además de que la testimonial ya había sido recaudada en su totalidad y era inexistente prueba alguna pendiente por practicar.

Asimismo, cabe acotar que nada se arguyó y menos acreditó por parte del accionante, de forma que pudiera estimarse que es una persona que requiere de protección reforzada[[17]](#footnote-17), de tal modo que amerite un análisis flexible del requisito de procedibilidad echado de menos.

En ese contexto, la presente acción de tutela es improcedente toda vez que se incumple con uno de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad, como lo es el de la subsidiariedad, pues no se formularon los recursos ordinarios.

1. LAS CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones expuestas, en los acápites anteriores: (i) Se declarará improcedente la acción constitucional frente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R. con estribo en que se incumplió el presupuesto de subsidiariedad; y, (ii) Se negará el amparo respecto de los litisconsortes según se anotó.

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. DECLARAR improcedente la tutela propuesta por el señor Juan de Dios Giraldo Ortiz contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R.
2. NEGAR el amparo constitucional frente al Banco de Bogotá SA, al Fondo Nacional de Garantías, a la Central de Inversiones SA, y, a los señores Mauricio Salazar Sierra, Carlos Enrique Rendón Mejía, Juan Felipe Restrepo García, Gene Obed Ladino Córdoba, Ana Dolly Medina de Hincapié, y, Clara Mercedes, Beatriz Elena, María Eugenia, Olga Lucía, Gloria Piedad, Rosa Cristina, Ángela María y Germán Hincapié Medina.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada.
5. ORDENAR el archivo del expediente, surtidos los trámites anteriores.

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*

DGH/ODCD/2016

1. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Editorial Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-107 de 2016 y T-064 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-7)
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-103 de 2014. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-037 de 2016 y T-120 de 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 02-09-2014, MP: Margarita Cabello Blanco, expediente No.23001 22 14 000 2014 00097 01. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia STC6121-2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia STC3931-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-16)
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-717 de 22-09-2011. [↑](#footnote-ref-17)