SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA/ Improcedencia por falta de interposición de los recursos ordinarios contra la providencia judicial

“De tales actuaciones, no queda duda que el accionante menoscabó los medios de defensa judicial que tenía a su alcance y de manera oportuna conforme a las previsiones del artículo 452 íd. `Los interesados podrán alegar las irregularidades que puedan afectar la validez del remate hasta antes de la adjudicación de los bienes´, para alegar las irregularidades que por este mecanismo constitucional hoy plantea, pues si bien acudió en reposición y en subsidio apelación y planteó escuetamente `nulidad del remate´, pedimentos que fueron rechazados, tampoco recurrió tal decisión.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Acta Nº 370 de 05-08-2016

Referencia: 66001-22-13-000-2016-00570-00

**I. ASUNTO**

Decide el Tribunal la acción de tutela presentada por FRANCISCO JAVIER JARAMILLO VÉLEZ contra el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, a la que fueron vinculados ANA ROSA SÁNCHEZ FRANCO, JENNIFER ANDREA OROZCO, EUGENIA VÉLEZ DE SALAZAR, LUZ JENY MORENO OBANDO y MARÍA CELENY HOYOS OBANDO.

**II. ANTECEDENTES**

1. El actor promovió el amparo constitucional, por considerar que el Juzgado accionado vulnera su derecho fundamental al debido proceso, dentro del juicio ejecutivo que adelantó contra Ana Rosa Sánchez Franco.

Pretende se decrete la nulidad del remate efectuado el día 21 de abril de 2016 a las 2:00 p.m. y que en aras del principio de la buena fe se permita al ejecutante sanear el proceso aceptándole rematar el bien por cuenta de su crédito “pues el crédito alcanza la suma de $215.000.000”.

2. Para dar soporte a su queja relata extensamente los hechos que a continuación se compendian:

(a) Tramitó en el Juzgado accionado proceso ejecutivo contra Ana Rosa Sánchez Franco radicado al N° 2009-332, en el que al momento del remate del bien, por error involuntario de Eugenia Vélez de Salazar o del banco, consignó la suma de $40’000.000, correspondientes al 40% del avalúo del bien faltándole $178.000, e hizo una oferta de $100’000.000.

(b) Por su parte, Jennifer Andrea Orozco ofertó $40’200.000 equivalentes al 40% del avalúo del inmueble y la suma de $90’000.000; a quien la autoridad judicial demandada adjudicó en forma “fulminante” el bien.

(c) Comenta que Eugenia Vélez de Salazar, por su intermedio y como acreedor del título solicitó al despacho reconociera el principio de equidad, a la par que ofreció completar en efectivo, lo que por error involuntario o del banco quedaba faltando, pero la Jueza argumentó que todo el que pretendiera hacer postura en la subasta debería haber consignado previamente el 40% del avalúo del bien inmueble según los artículos 451 y sucesivos del CGP.

(d) Señala que Eugenia Vélez de Salazar fue reconocida como postora y presenta constancia del Banco y del Juzgado en donde prueba que recibió el sobre cerrado con el dinero ofertado.

(e) Hace consideraciones sobre la valoración de la prueba, las reglas de la sana crítica, la equidad, el espíritu de la ley, el sentido común, la buena fe, el derecho a la igualdad, para señalar que “…*la diferencia entre el porcentaje del avalúo que debe representar el crédito y el monto de la consignación que terceros interesados en la subasta deben efectuar a órdenes del juzgado no constituye en sí misma un factor de DISCRIMINACION para estos ni un elemento que impida su participación en la diligencia, pues, todo oferente deberá estar en capacidad de consignar el 100% de su oferta, lo que impone tener siempre esta disponibilidad*…”

(f) Señala que como acreedor interpuso recursos en estrados y el despacho lo ignoró, estuvieron mal denegadas porque se desconocieron principios fundamentales y constitucionales, lo que significa que no es la ley, sino su aplicación la que falló.

(g) Realiza comentarios sobre el derecho procesal y sustancial, la literalidad de la norma y recalca que el Juzgado accionado negó aceptar a Eugenia Vélez de Salazar como su cesionaria y que de ser aceptada, hubiera propuesto rematar el bien por cuenta de su crédito.

(h) Cuestiona que existe un galimatías jurídico del despacho en la aplicabilidad del CPC o del CGP, pero su proceso se debe adelantar con la legislación anterior porque está fechado en el 2009;

(i) Asegura que no se le permitió hacer postura por su crédito, a pesar de que le asistía el derecho a hacerlo en cualquier momento, antes de se le adjudicara el inmueble al mejor postor.

(j) Se muestra inconforme frente a la notificación en estrados que hizo el juez y cree “*se debió declarar la nulidad del remate al escuchar su despacho la postura del ejecutante. (rematar por cuenta de su crédito)*…” Agrega que “*el Rematante no se ve perjudicado con esta decisión de nulidad, pues “se le hace la devolución del dinero consignado*…”

(k) Finaliza insistiendo, basado en el CPC, en la nulidad de la diligencia de remate.

3. Se admitió la demanda contra la autoridad judicial querellada, se vinculó a las señoras Ana Rosa Sánchez, Jennifer Andrea Orozco y Eugenia Vélez de Salazar; se dispuso su notificación y traslado, así como la remisión de copia de las piezas procesales referentes al remate, en la ejecución que se cuestiona y se negó la medida provisional solicitada.

4. Intervino la señora Eugenia Vélez, haciendo un recuento de lo acaecido en la diligencia de remate y solicita se permita a la parte actora sanear el proceso y le acepten rematar el bien por cuenta de su crédito, por ser ese el espíritu de la ley, adjudicar al mejor postor.

5. La accionada y demás vinculadas guardaron silencio.

6. Por sentencia del 27 de mayo hogaño, esta Sala de Decisión declaró improcedente el amparo constitucional invocado; providencia que en término fue impugnada por el accionante y una vez en conocimiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por auto del 29 de junio de este año, declaró la nulidad de la prenombrada sentencia, por no haber notificado de la iniciación del resguardo constitucional a la totalidad de las personas que intervinieron como postores en la diligencia de remate llevada a cabo el día 21 de abril de 2016.

7. Recibida la acción de tutela, se dispuso estar a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, con el fin de hacer efectiva la vinculación de Luz Jeny Moreno Obando y María Celeny Hoyos Obando, ordenada por la Corte Suprema, se procedió a hacer una revisión previa al proceso ejecutivo radicado bajo el número 66001-31-03-004-2009-00332-00; demandante: Francisco Javier Jaramillo Vélez; Demandada: Ana Rosa Sánchez Franco, que cursó en el juzgado accionado, no encontrando dirección, teléfono o correo electrónico donde poder notificarlas (fl. 87). Al no encontrar datos dónde poder ubicarlas, se solicitó al actor constitucional que indicara dónde se podían contactar o en su defecto, costeara las expensas necesarias en un medio de amplia circulación para proceder a su citación, lo que efectivamente hizo en el diario El Tiempo el domingo 24 de julio de este año[[1]](#footnote-1). No hubo pronunciamiento alguno.

8. Los demás vinculados guardaron silencio.

**III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la tutela, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial accionada, conforme con lo previsto en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2. Encuentra la Sala que el recurso de amparo fue instaurado, con el propósito de que el Tribunal deje sin efecto la diligencia de remate llevada a cabo el 21 de abril de este año, así como el auto que impartió su aprobación de fecha 5 de mayo último, efectuados por la autoridad accionada, dentro de la ejecución promovida por el aquí actor contra Ana Rosa Sánchez Franco, para que se le permita rematar el bien por cuenta de su crédito. Frente a la situación descrita, la Sala debe determinar si a través del amparo constitucional solicitado, debe dejarse sin efectos la citada providencia, por los motivos expuestos por el tutelante.

3. La acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, al alcance de las personas para la efectiva protección de los derechos fundamentales, cuando éstos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y, en veces, de los particulares; sin que se erija en remedio sustituto o alternativo de las herramientas previstas en el ordenamiento jurídico para la regular composición de los litigios, a los cuales es menester acudir previamente, a menos que proceda la tutela en la modalidad de amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y se observe el requisito de inmediatez.

4. Del mismo modo, cuando la lesión actual o potencial del derecho esencial comprometido provenga de actuaciones o providencias judiciales, la jurisprudencia constitucional precisa la procedencia del amparo de manera excepcional, es decir, solo cuando se detecta una desviación arbitraria, caprichosa o absurda del fallador; pues desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, ‘salvo en aquellos casos en que se haya incurrido en una vía de hecho, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales.’ Esta posición fue unificada y consolidada en el año 2005, con ocasión de una acción pública de constitucionalidad, en la que se dijo: *“(…) los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela […] la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. (…)”. “No cualquier providencia judicial puede ser objeto de control por parte del juez de acción de tutela, sólo aquellas que supongan una decisión arbitraria o irrazonable, constitucionalmente. De resto, deberá respetarse la decisión del juez natural, permitiendo, por ejemplo, el legítimo espacio de deliberación y disentimiento judicial.”*

5. Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales han sido reunidas en dos grupos. Las denominadas ‘generales’ o ‘requisitos de procedibilidad’, mediante las cuales se establece si la providencia judicial acusada puede ser objeto de estudio por el juez de tutela. Y las causales denominadas ‘especiales’ o ‘específicas’, mediante las cuales se establece si una providencia judicial, susceptible de control constitucional, violó o no los derechos fundamentales de una persona.

6. Como generales o requisitos de procedibilidad, han sido presentados por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: (a) Que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez. (d) En el evento de hacer referencia a una irregularidad procesal, debe haber claridad en que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. (f) Que no se trate de sentencias de tutela.

7. Las especiales, específicas o propiamente dichas, como se indicó, se refieren a los defectos concretos en los cuales puede incurrir una providencia judicial y que pueden conllevar la violación de los derechos fundamentales de una persona. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, los defectos en los que el funcionario judicial puede incurrir son los siguientes: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material y sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución.

**IV. EL CASO CONCRETO**

1. Vistas las consideraciones generales acerca de la jurisprudencia sobre acciones de tutela en contra de decisiones judiciales, pasa la Sala a continuación a analizar el caso específico. Para tal efecto verificará si en acción constitucional deprecada concurren las causales generales o requisitos de procedibilidad.

2. El primero de ellos se cumple, pues la acción de tutela plantea una cuestión de relevancia constitucional. En efecto, el accionante reclama que la actuación de la funcionaria judicial que adjudicó el bien rematado e impartió su aprobación en favor de Jennifer Andrea Orozco Marín en el trámite ejecutivo que él adelantó, vulnera el debido proceso.

3. En cuanto al segundo, referido a que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado, no fue atendido en debida forma, por las siguientes razones:

3.1. Las providencias confutadas tratan de la diligencia de remate –21 de abril de 2016- y su aprobación –5 de mayo de 2016-.

3.2. El inciso final del artículo 451 del Código General del Proceso -depósito para hacer postura-, señala: *“Sin embargo, quien sea único ejecutante o acreedor ejecutante de mejor derecho podrá rematar por cuenta de su crédito los bienes materia de la subasta sin necesidad de considerar el porcentaje, siempre que aquél equivalga por lo menos al cuarenta por ciento (40%) del avalúo; en caso contrario consignará la diferencia”,* y según da cuenta el acta de diligencia de remate que obra a folios 42 -43 de este asunto, a la misma acudió el accionante Francisco Javier Jaramillo en su calidad de acreedor, “sin hacer postura” y, contrario a lo afirmado en el escrito de tutela, no aparece constancia de su intento, ni que haya interpuesto recurso alguno contra las decisiones allí adoptadas, que se notificaron en estrados.

3.3. Ulteriormente, el 22 de abril de 2016, por intermedio de su apoderado judicial del actor, atacó en reposición y en subsidio de apelación, *“el auto que aprobó el remate”* (fls. 51-53), sin que este aún hubiera sido emitido por el operador judicial querellado, por lo que fue rechazado de plano, mediante providencia del 05 de mayo último (fl. 57).

3.4. En la misma fecha se produjo la aprobación de la diligencia de remate y se dictaron las órdenes del caso (fl. 56-57).

4. De tales actuaciones, no queda duda que el accionante menoscabó los medios de defensa judicial que tenía a su alcance y de manera oportuna conforme a las previsiones del artículo 452 íd. *“Los interesados podrán alegar las irregularidades que puedan afectar la validez del remate hasta antes de la adjudicación de los bienes”,* para alegar las irregularidades que por este mecanismo constitucional hoy plantea, pues si bien acudió en reposición y en subsidio apelación y planteó escuetamente “nulidad del remate”, pedimentos que fueron rechazados, tampoco recurrió tal decisión.

5. Inminentemente, se deduce la improcedencia del amparo, como así se declarará. Bien sabido es que cuando hay descuido de las partes en el empleo de los medios de protección en el interior de las actuaciones judiciales, es vedado para el juez de tutela entrar a terciar en las cuestiones procedimentales que informan los trámites respectivos, pues la justicia constitucional no es remedio de última hora para buscar el rescate de oportunidades defensivas dilapidadas, ya que la tutela es eminentemente subsidiaria, esto es, procedente cuando no se tiene o no se ha tenido otra posibilidad judicial de resguardo, y como se ha reiterado por la jurisprudencia, cuando las partes dejan de utilizar los mecanismos de protección previstos por el orden jurídico, quedan sujetas a las consecuencias de las decisiones que les sean adversas, que serían el fruto de su propia incuria[[2]](#footnote-2).

6. De otro lado, las quejas propuestas frente a la aplicación inadecuada de la norma, esto es, reclama se tramite su asunto por las reglas del Estatuto Procesal Civil, no así por la nueva legislación Código General del Proceso, debe al respecto tener presente el tránsito legislativo contenido en éste último en sus artículos 624 y 625.

7. Con fundamento en las consideraciones expuestas, se declarará improcedente la acción constitucional invocada.

**V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

Primero: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado por FRANCISCO JAVIER JARAMILLO VÉLEZ contra el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: DESVINCULAR del presente asunto a las señoras ANA ROSA SÁNCHEZ FRANCO, JENNIFER ANDREA OROZCO, EUGENIA VÉLEZ DE SALAZAR, LUZ JENY MORENO OBANDO y MARÍA CELENY HOYOS OBANDO.

Tercero: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

Cuarto: Si no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Folio 96 Ib. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil; Ref.: expediente No. 110010203000200701493-00. M.P. William Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-2)