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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 10 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Radicación Nro. : 2017-01193-00

Accionante: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA

Accionado: JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / NO SE AGOTARON LOS RECURSOS / IMPROCEDENCIA.** [I]ndependientemente de que con posterioridad al auto que admitió la acción se haya solicitado el *“impulso oficioso”*, lo cierto es que el acto de notificación a la accionada y el aviso a la comunidad fueron cargas procesales que se le impusieron al actor en la decisión del 15-05-2017, que se encuentra en firme, ya que no la recurrió. El único auto que recurrió fue el denegatorio del desistimiento, mas solo discutió que no haya sido aceptado. No cabe duda que en sus memoriales invoca el *“impulso oficioso”*, pero lo cierto es que se trata de escritos ambiguos que impiden esclarecer cuáles son las actuaciones dejadas de realizar; no obstante, si propenden a que el juzgado de oficio ejecute las diligencias impuestas al accionante (Notificación y aviso), se evidencia, entonces, el incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, pues pretermitió agotar el recurso de reposición frente al proveído admisorio de la acción (Folio 14, ib.) (Artículo 36, Ley 472), cuando ese era el mecanismo ordinario y expedito que tenía para que el estrado judicial reconsiderara sus decisiones. (…) Así las cosas, es evidente la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela mal puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa, cuando por negligencia, descuido o incuria no fueron utilizados.

****REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Javier Elías Arias Idárraga

Accionado (s) : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Vinculado (s) : Alcaldía de Santa Cruz de Lorica, C. y otros

Radicación : 2017-01193-00 (Interna 1193)

 Temas : Subsidiariedad –Sin recursos

 Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 593 de 10-11-2017

PEREIRA, R. DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DICIESIETE (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

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

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Expresó el actor que en la acción popular No.2016-00619-00, el Juzgado de primera instancia se niega aplicar lo dispuesto en los artículos 5º, 84 de la Ley 472 y 42 del CGP (Folio 1, este cuaderno).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Las garantías procesales y los artículos 13 y 83 de la CP (Folio 2, este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende que se ordene al accionado (i) aplicar los artículos 5º, 84 de la Ley 472 y 42 del CGP, y, (ii) remitir copias de la tutela con destino a la acción popular (Folio 2, este cuaderno).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

En reparto ordinario del 26-10-2017 se asignó a este Despacho la acción de tutela, con auto del 30-10-2017 se admitió, se ordenó vincular a quienes se estimó conveniente y se dispuso notificar a la partes, entre otros ordenamientos (Folios 5, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folio 6, ibídem). Contestaron La Procuraduría General de la Nación, Regional Bogotá (En adelante PGNB) (Folios 7 a 9, ibídem.). El Juzgado accionado arrimó la documentación requerida (Folios 11 a 27, ib.).

1. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA

La PGNB refirió que ante la omisión del actor para agotar los mecanismos de defensa judicial en la acción constitucional, se incumple con los presupuestos jurisprudenciales para conceder el amparo; por consiguiente, solicita desestimar las pretensiones (Folios 7 a 9, 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 Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿El Juzgado ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante, según lo expuesto en el escrito de tutela?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Se cumple la legitimación por activa dado que el accionante promovió la acción popular No.2016-00619-00 en la que se reprocha la falta al debido proceso. Y por pasiva, lo es el Despacho Judicial accionado, al ser la autoridad judicial que conoce el 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) (2017)[[6]](#footnote-6) 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[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8) y Quinche Ramírez[[9]](#footnote-9).

* + 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*”.

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 (…)”[[10]](#footnote-10).*

Conforme a lo sostenido por la CC[[11]](#footnote-11), 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”*[[12]](#footnote-12). Además, ha sido reiterativa en su criterio[[13]](#footnote-13).También la CSJ se ha referido al tema[[14]](#footnote-14), prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

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, pues la acción de tutela no puede implementarse como mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario[[15]](#footnote-15).

El promotor se queja de que el Juzgado no dé impulso oficioso al trámite de la acción popular (Artículos 5º, 84, Ley 472 y 42 del CGP). Pese a la falta de claridad en el petitorio de tutela, la Sala considera, de acuerdo con el estado actual del juicio (Folios 12 a 26 y 29 a 31, este cuaderno), que las pretensiones están orientadas a la falta de publicación del aviso a la comunidad y notificación a la accionada.

De acuerdo al material probatorio, se hacen evidentes las siguientes situaciones: (i) El actor con el petitorio de acción popular pidió al accionado que perfeccionara los actos notificatorios a la comunidad y a la entidad accionada (Folio 12, ibídem), resuelta negativamente con proveído que data del 15-05-2017, notificado con fijación en el estado del 17-05-2017, sin ningún recurso (Folio 14, ib.).

(ii) Posteriormente, presentó desistimiento, ante la falta de impulso oficioso, decidida desfavorablemente con auto del 22-06-2017 (Folios 15 a 16, ib.), recurrida en reposición, solo en lo atinente al desistimiento (Folio 17, ib.), se mantuvo incólume con auto del 05-17-2017 (Folio 18, ib.); y, (iii) Nuevamente, pidió a la autoridad jurisdiccional que proceda oficiosamente, pedimento despachado el 07-11-2017 y que se está notificando por estado (Folio 31, ib.).

Desde esta perspectiva e independientemente de que con posterioridad al auto que admitió la acción se haya solicitado el *“impulso oficioso”*, lo cierto es que el acto de notificación a la accionada y el aviso a la comunidad fueron cargas procesales que se le impusieron al actor en la decisión del 15-05-2017, que se encuentra en firme, ya que no la recurrió. El único auto que recurrió fue el denegatorio del desistimiento, mas solo discutió que no haya sido aceptado.

No cabe duda que en sus memoriales invoca el *“impulso oficioso”*, pero lo cierto es que se trata de escritos ambiguos que impiden esclarecer cuáles son las actuaciones dejadas de realizar; no obstante, si propenden a que el juzgado de oficio ejecute las diligencias impuestas al accionante (Notificación y aviso), se evidencia, entonces, el incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, pues pretermitió agotar el recurso de reposición frente al proveído admisorio de la acción (Folio 14, ib.) (Artículo 36, Ley 472), cuando ese era el mecanismo ordinario y expedito que tenía para que el estrado judicial reconsiderara sus decisiones. Al respecto ha dicho la CSJ[[16]](#footnote-16):

…y, no se diga que el recurso de reposición es ineficaz porque el funcionario que emitió el proveído recurrido es quien lo resuelve, ya que 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 mecanismo 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 un comienzo el derecho de contradicción de los sujetos intervinientes, especialmente en asuntos que se tramitan en única instancia…

Así las cosas, es evidente la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela mal puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa, cuando por negligencia, descuido o incuria no fueron utilizados[[17]](#footnote-17).

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[[18]](#footnote-18) o que estaba en una situación de imposibilidad para recurrir los mencionados autos[[19]](#footnote-19), de tal modo que amerite un análisis flexible del requisito de procedibilidad echado de menos, por ende solo a la parte le es imputable tal descuido.

En ese contexto, el presente amparo es improcedente toda vez que se incumple con uno

de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad, dado que no se agotó el recurso de reposición.

1. LAS CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones expuestas se declarará improcedente el amparo constitucional frente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, 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 Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.
4. 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/LSCL/2017

1. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Editorial 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-222 de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-137 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-103 de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-001 de 2017, T-038, 106 de 2017, T-037 de 2016, T-120 de 2016 y T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. 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-14)
15. CC. T-103 de 2014 y SU-297 de 2015 [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-103 de 2014 y SU-297 de2015. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. CSJ, Civil. STC3950-2016. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-19)