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 – 19 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2016-01297-00

Accionante: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA

Accionado:       JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA

Proceso:                 Acción de Tutela – Niega el amparo solicitado y declara improcedente la aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MORA EN TRAMITE DE ACCIÓN POPULAR NO ES IMPUTABLE AL JUEZ / NIEGA / APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO ES IMPROCEDENTE / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.** “[L]a acción popular en la que encuentra el actor lesionados sus derechos sí se encuentra en trámite, al punto de que la última actuación adelantada tiene que ver con una prueba de oficio, respecto de la cual aún no ha vencido el término concedido para su práctica. De acuerdo con lo anterior, como la tardanza en resolver las acciones populares no se ha producido por el incumplimiento de las funciones por parte del juez accionado, se negará el amparo reclamado. 5. La pretensión relativa a ordenar la aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso, será declarada improcedente, (…)En este caso, de acuerdo con las pruebas recogidas, el accionante no interpuso recurso de reposición contra el auto por medio del cual se decretó la citada prueba de oficio, el que procede contra esa clase de providencias, de conformidad con el inciso tercero del artículo 167 del Código General del Proceso. Es decir, no empleó el medio ordinario de protección con que contaba en el proceso para obtener lo que pretende sea decidido por vía de tutela y por ende, como ya se dijo, la tutela resulta improcedente.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, enero diecinueve (19) de dos mil diecisiete (2017)

Acta No. 020 de 19 de enero de 2017

Expediente 66001-22-13-000-2016-01297-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local, a la que fueron vinculados el Banco Davivienda, el Alcalde del Municipio de Pereira, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, estos últimos de la Regional Risaralda.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató el actor que en la acción popular que instauró, radicada bajo el No. “2015-245”, la Juez Cuarta Civil del Circuito se niega a aplicar los artículos 84 de la Ley 472 de 1998 y 121 del Código General del Proceso.

2. Considera lesionadas sus “garantías procesales” y para su protección, solicita se ordene al juzgado accionado aplicar las citadas disposiciones y decretar pruebas de oficio “a control físico (sic) del Mpio (sic) de Pereira y No (sic) a la accionada”.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 15 de diciembre último se admitieron las acciones de tutela y se ordenó vincular al Banco Davivienda, la Alcaldía de Pereira, al Procurador y al Defensor del Pueblo de la Regional Risaralda.

2. En el trámite de esta instancia, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

2.1 La Procuradora Regional de Risaralda dijo que a esa Agencia del Ministerio Público se han comunicado los autos que admiten las respectivas acciones populares y como consecuencia de ello han designado a los diferentes profesionales de la Procuraduría Regional Risaralda y Provincial de Pereira para dar cumplimiento al artículo 21 de la ley 472 de 1998; el Ministerio Público es ajeno a la cuestión planteada por el demandante, pues su intervención está orientada a verificar, como ente de control, la defensa de los derechos e intereses colectivos, lo que hará en el correspondiente pacto de cumplimiento que para el efecto se suscriba, una vez sean convocados por el juez. Solicita se le desvincule de la actuación.

2.2 El señor Alcalde Municipal de Pereira, por medio de apoderada, solicitó negar el amparo porque la entidad que representa carece de legitimación en la causa por pasiva y no está llamada a responder por la posible vulneración de los derechos referidos por el actor, máxime cuando los hechos de la demanda involucran exclusivamente al juzgado accionado, cuyas decisiones están amparadas en el principio de autonomía judicial.

2.3 El representante legal para efectos judiciales del Banco Davivienda, pidió declarar improcedente la tutela como quiera que la acción popular radicada 2015-00245 se está tramitando de forma normal.

3. La titular del juzgado demandado y la Defensoría del Pueblo de Risaralda guardaron silencio.

4. El Secretario del Juzgado Cuarto Civil del Circuito informó que en la acción popular objeto de la tutela, se profirió auto el 13 de diciembre último, por medio del cual se decretó una prueba de oficio.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, otorga a toda persona la facultad para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite breve y sumario, la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados eventos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

2. El problema jurídico que debe resolver esta Sala, consiste en determinar si en este caso el juez accionado desconoció los derechos fundamentales del actor, en la acción popular que propuso, al no haberla impulsado oficiosamente ni haber aplicado del artículo 121 del Código General del Proceso. De igual manera determinar si la tutela es procedente para cuestionar el auto por medio del cual se decretó una prueba de oficio a cargo de la entidad demandada en la acción popular y no de la oficina de Control Físico del municipio de Pereira. De serlo, se establecerá si en esa providencia se incurrió en defecto que lesione las garantías procesales invocadas.

3. En relación con la mora judicial, la Corte Constitucional, en sentencia T-230 de 2013, expresó:

“3.5.1. La Constitución Política de 1991 consagra los derechos al debido proceso (art 29) y al acceso a la administración de justicia (art 229), los cuales abarcan dentro de su ámbito de protección: (i) el derecho que tiene toda persona de poner en funcionamiento el aparato judicial; (ii) el derecho a obtener una respuesta oportuna frente a las pretensiones que se hayan formulado; y (iii) el derecho a que no se incurran en omisiones o dilaciones injustificadas en las actuaciones judiciales.

…

En desarrollo de lo anterior, el artículo 228 del Texto Superior dispone que: *“Los términos se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”*, al mismo tiempo que el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a las obligaciones del juez, determina que uno de sus deberes es*: (…) 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.”*

3.5.2. En numerosas oportunidades la Corte ha reiterado la importancia de este deber, entre otras, al sostener que: *“Quien presenta una demanda, interpone un recurso, formula una impugnación o adelanta cualquier otra actuación dentro de los términos legales, estando habilitado por ley para hacerlo, tiene derecho a que se le resuelva del mismo modo, dentro de los términos legales dispuestos para ello.”[[1]](#footnote-1)*Por esta razón, en principio, se ha insistido en que el incumplimiento de la obligación de dictar las providencias en los términos de ley, conduce a la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por cuanto no permite una respuesta oportuna frente a las pretensiones invocadas por el actor y aplaza la realización de la justicia material en el caso concreto.

No obstante, la jurisprudencia también ha señalado que, atendiendo la realidad del país, en la gran mayoría de casos el incumplimiento de los términos procesales no es imputable al actuar de los funcionarios judiciales. Así, por ejemplo, existen procesos en los cuales su complejidad requiere de un mayor tiempo del establecido en las normas y en la Constitución para su estudio, para valorar pruebas o para analizar la normatividad existente. Por ello, la jurisprudencia ha destacado que cuando la tardanza no es imputable al actuar del juez o cuando existe una justificación que explique el retardo, no se entienden vulnerados los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

…

3.5.6. De lo anterior se concluye que, en primer lugar, todo ciudadano tiene derecho al acceso a la administración de justicia y a una resolución pronta y oportuna de sus solicitudes. En segundo lugar, la tardanza en el cumplimiento de los términos judiciales constituye una *mora judicial injustificada* cuando (i) se presenta un incumplimiento de los plazos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (ii) no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo; y (iii) la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de la autoridad judicial. En tercer lugar, es excepcional la posibilidad del juez de tutela de alterar el orden de fallo, ya que el ordenamiento jurídico consagra el deber de someterse a un sistema de turnos, con algunas salvedades reconocidas por el legislador.

Como consecuencia de lo expuesto, en cuarto lugar, en los casos de *mora judicial injustificad*a, para que proceda la acción de tutela, (a) además de acreditar la inexistencia de otro (sic) defensa judicial, es necesario que (b) se este (sic) ante la posible materialización de un daño cuyos perjuicios se tornen irreparables. Por último, frente a la *mora judicial justificada*, según las circunstancias del caso, es posible (i) negar la violación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, sometiendo al interesado al sistema de turnos; (ii) ordenar excepcionalmente la alteración del orden para proferir el fallo, cuando el juez está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, o cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado; o (iii) en aquellos casos en que se está ante la posible materialización de un daño cuyos perjuicios no puedan ser subsanados, se puede ordenar un amparo transitorio en relación con los derechos fundamentales comprometidos, mientras la autoridad judicial competente se pronuncia de forma definitiva en torno a la controversia planteada. ”

3. Las pruebas documentales incorporadas al expediente, acreditan los siguientes hechos:

3.1 El 26 de mayo de 2015, el señor Javier Elías Arias Idárraga formuló acción popular contra el Banco Davivienda ubicado en la carrera 6ª No. 19-48 de esta ciudad[[2]](#footnote-2).

3.2 El Juzgado Cuarto Civil del Circuito local la admitió por auto de 2 de junio siguiente[[3]](#footnote-3).

3.3 Mediante proveído de 25 de agosto de ese mismo año se tuvo por no contestada la demanda y se programó fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento[[4]](#footnote-4), la que fue declarada fallida el 29 de septiembre siguiente[[5]](#footnote-5).

3.4 El 8 de octubre, aún de 2015, se decidió no acceder a la solicitud de probatoria relativa a oficiar a Planeación Municipal, con el fin de que efectuara visita técnica al cajero electrónico de la entidad demandada, al considerar que para ese efecto resultaba suficiente la inspección judicial, diligencia que se fijó para el 19 de noviembre siguiente[[6]](#footnote-6), y luego se reprogramó para el 11 de febrero de 2016[[7]](#footnote-7).

3.5 Vencido el periodo probatorio, se corrió traslado para alegar por medio de auto de 31 de marzo de 2016[[8]](#footnote-8).

3.6 El día siguiente, el actor solicitó practicar la prueba de oficio decretada[[9]](#footnote-9).

3.7 Por auto de 16 de septiembre de 2016 se ordenó oficiar al Instituto de Audiología de Pereira con el fin de que realizara visita al cajero automático del Banco Davivienda; prueba de oficio que fue decretada a costa de la entidad demandada[[10]](#footnote-10).

3.8 La anterior decisión fue recurrida por el actor, el día 20 de ese mismo mes, con sustento en que el citado Instituto no tiene licencia “para capacitar como interprete (sic) o guia (sic) interprete (sic)” y por tanto, esa prueba carece “de sentido y VALOR PROCESAL PROBATORIO y pido sea denegada”[[11]](#footnote-11).

3.9 Mediante proveído de 6 de octubre último el juzgado de conocimiento expresó que al tratarse de una prueba de oficio es potestativo del juez determinar el momento y la forma de practicarla[[12]](#footnote-12).

3.10 El 7 de octubre el actor solicitó, entre otras cosas, “prueba de oficio con entidad idonea (sic)”[[13]](#footnote-13). Frente a lo cual es juzgado se atuvo a lo decidido en auto del día 6 anterior[[14]](#footnote-14).

3.11 En memorial allegado el 20 de octubre el demandante pidió aplicar el artículo 5º de la Ley 472 de 1998[[15]](#footnote-15).

3.12 Mediante respuesta fechada del 28 de octubre, el Director Ejecutivo del Instituto de Audiología manifestó que el Banco Davivienda no los había contactado para efectos de realizar las gestiones necesarias con el fin de proceder a la visita técnica ordenada[[16]](#footnote-16).

3.13 Por auto de 13 de diciembre de 2016 se ordenó, de manera oficiosa, que el Banco Davivienda aporte dictamen pericial en el que se determine si el cajero electrónico ubicado en la carrera 6 No. 19-48 de Pereira es apto para ser utilizado por personas ciegas, sordas, sordociegas e hipoacúsicas. Como término para atender ese requerimiento, dispuso de un plazo no mayor al 20 de enero de 2017.

Para adoptar esa decisión, consideró que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, el juez podrá distribuir la carga probatoria y asignar el deber de probar a la parte que se encuentre en situación más favorable para ello “en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas especiales…”. Y en este caso estimó que es el banco accionado el que se halla en condiciones de aportar la prueba pericial ordenada[[17]](#footnote-17).

4. De lo anterior se infiere que la acción popular en la que encuentra el actor lesionados sus derechos sí se encuentra en trámite, al punto de que la última actuación adelantada tiene que ver con una prueba de oficio, respecto de la cual aún no ha vencido el término concedido para su práctica.

De acuerdo con lo anterior, como la tardanza en resolver las acciones populares no se ha producido por el incumplimiento de las funciones por parte del juez accionado, se negará el amparo reclamado.

5. La pretensión relativa a ordenar la aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso, será declarada improcedente, por las siguientes razones.

Como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, uno de los requisitos de procedencia del amparo constitucional es que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente afecta sus garantías fundamentales, a fin de que esta tenga la oportunidad de conocer la reclamación y pronunciarse al respecto; de obviarse ese trámite, se estaría dando por sentado que la administración no va a acceder a la petición y adicionalmente, el ciudadano ejercería la tutela como forma principal de obtener protección a sus derechos, cuando, es sabido, una de sus principales características es la subsidiariedad.

En este caso, el demandante ninguna actividad ha desplegado en el proceso en el que encuentra lesionados sus derechos, con el fin de obtener se dé aplicación al artículo 121 del Código General del Proceso, y por tanto, el despacho accionado tampoco ha tenido oportunidad de resolver lo que corresponda.

Ese pasivo comportamiento impide otorgar el amparo solicitado, porque el juez constitucional no puede desconocer las formas propias de cada juicio y adoptar por este excepcional medio de protección decisiones que deben ser resueltas al interior del proceso, escenario normal previsto por el legislador para tal cosa, por los funcionarios competentes para ello.

Así lo ha explicado la jurisprudencia:

“El proceso judicial ordinario representa el mecanismo normal para la solución de los litigios, en él las partes pueden ser escuchadas en igualdad de oportunidades, aportar pruebas, controvertir las que obren en su contra, interponer recursos y, en general, ejercer las atribuciones derivadas del derecho al debido proceso.

Cuando alguna de las partes por descuido, negligencia o falta de diligencia profesional, omite interponer oportunamente los recursos que el ordenamiento jurídico le autoriza o, más grave aún, después de interponerlos deja vencer el término para sustentarlos, la parte afectada con este hecho no podrá mediante la acción de tutela pretender revivir la oportunidad procesal con la cual contó y que por su propia culpa no fue utilizada de la manera más adecuada para sus intereses. En eventos como este, la incuria de quien desatiende sus deberes no puede servir de fundamento para el ejercicio de la acción de tutela…”[[18]](#footnote-18).

En consecuencia, como no resulta posible acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni factible emplearla como medio alternativo de los ordinarios o extraordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para reemplazarlos, salvo cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el amparo reclamado frente al juzgado accionado resulta improcedente y así se declarará.

6. De igual manera, será despachada la pretensión encaminada a modificar el auto que decretó la prueba de oficio, para que sea la oficina de Control Físico del municipio de Pereira la que rinda el dictamen pericial en el que se determine si el cajero electrónico es apto para el uso de personas con discapacidad visual o auditiva, pues en este caso también se incumple el requisito de la subsidiariedad, según el cual para la procedencia de la acción de tutela es menester que el supuesto afectado haya agotado los mecanismos de defensa con que contaba en el propio proceso, porque de no ser así perdería la tutela su característica de constituir un instrumento jurídico de naturaleza residual para convertirse en uno de protección alternativo o principal. Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[19]](#footnote-19):

“El tercer inciso del artículo 86 constitucional establece que la tutela *“sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. A partir de esto, se ha dicho que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, en la medida que su procedencia se encuentra sometida al agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa con los que cuenta el accionante o a la demostración de su inexistencia.

Dentro de la misma línea, la Corte ha señalado que la acción de tutela es también complementaria de los procedimientos ordinarios, ya que es, en esencia, 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, y, por ello, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Este principio reafirma que la acción de tutela exige el agotamiento del medio ordinario de defensa, pues ésta acción no fue pensada ni diseñada para suplir los procedimientos ordinarios ni mucho menos para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso. Dentro de esa comprensión: *“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**[[20]](#footnote-20)”*

En igual sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-753 de 2006 señaló que:

*“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”*

En este caso, de acuerdo con las pruebas recogidas, el accionante no interpuso recurso de reposición contra el auto por medio del cual se decretó la citada prueba de oficio, el que procede contra esa clase de providencias, de conformidad con el inciso tercero del artículo 167 del Código General del Proceso. Es decir, no empleó el medio ordinario de protección con que contaba en el proceso para obtener lo que pretende sea decidido por vía de tutela y por ende, como ya se dijo, la tutela resulta improcedente.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO.** Se niega la acción de tutela propuesta por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, a las que fueron vinculados el Banco Davivienda, el Alcalde del Municipio de Pereira, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, estos últimos de la Regional Risaralda, en cuanto a la pretensión relacionada con la mora judicial y se declara improcedente respecto de las dirigidas a obtener la aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso y la modificación del auto por medio del cual se decretó una prueba pericial de oficio.

**SEGUNDO.** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

1. Sentencia T-227 de 2007. Sobre la materia también se pueden consultar las Sentencias C-1198 de 2008 y T-527 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 8 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 9 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 11 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 12 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 13 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 14 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 15 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 16 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 22 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 25 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 27 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 28 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 30 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 32 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 34 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 35 y 36 [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia T-1065 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia T-735 de 2013, MP. Dr. Alberto Rojas Ríos [↑](#footnote-ref-19)
20. T-567 de 1998 [↑](#footnote-ref-20)