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 – 03 de febrero de 2017

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-00021-00

Accionante: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA

Accionado:       JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA

Proceso:                 Acción de Tutela – Declara improcedente de la acción

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / SITUACIÓN DECIDIDA EN OTRA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA / NO HAY TEMERIDAD.** “Por sentencia de 16 de enero de 2017, esta Sala, con ponencia del Magistrado Duberney Grisales Herrera, negó la tutela formulada por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales, con ocasión al proveído que declaró el desistimiento tácito de la acción popular radicada 2015-00343. (...) Confrontada esa acción de amparo con la que es objeto de estudio, se concluye que en ambas intervienen las mismas partes, pues fueron promovidas por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira; se fundamentaron en los mismos hechos, concretamente en la inconformidad planteada por el actor contra el auto que declaró el desistimiento tácito de la acción popular radicada 2015-00343 y su falta de impulso oficioso; y en ellas pretende el actor, para proteger los derechos que considera vulnerados, en últimas, se deje sin efecto aquella decisión y se continúe con el trámite procesal, sin que se hayan aducido situaciones nuevas que justifiquen pronunciamiento diferente al que ya se emitió por este tribunal. (…) En este caso, aunque es evidente que se presentaron dos acciones de tutela con sustento en los mismos hechos y pretensiones, no puede deducirse que el promotor del proceso haya actuado de mala fe, más bien su proceder se puede atribuir a algún tipo de descuido, a lo que pudo ser llevado por el gran cúmulo de acciones de amparo que ha interpuesto ante este Tribunal. En esas condiciones, aunque no puede predicarse temeridad de su parte, se declarará improcedente la acción de amparo porque no resulta posible decidir la situación por segunda vez, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, antes trascrito.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, febrero tres (3) de dos mil dieciséis (2017)

 Acta No. 050 del 3 de febrero de 2017

 Expediente 66001-22-13-000-2017-00021-00

Se decide por medio de esta sentencia, en primera instancia, la acción de tutela promovida por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito local, a la que fueron vinculados el Banco Davivienda, el Alcalde de Pereira, el Procurador y el Defensor del Pueblo, ambos 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 radicada bajo el No. “2015-343” que formuló, el Juzgado Tercero Civil del Circuito decretó el desistimiento tácito a pesar de que esa figura no está contemplada en la Ley 472 de 1998, se trata de un proceso de impulso oficioso y la información a la comunidad ya se produjo.

2. Considera lesionadas sus “garantías procesales” y para su protección, solicita se decrete la nulidad del auto que declaró el desistiendo tácito y se ordene al juzgado accionado aplicar los artículos 5 y 84 de la Ley 472 de 1998.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 23 de enero pasado se admitió la tutela y se ordenó vincular al Banco Davivienda, a la Alcaldía de Pereira, al Procurador y al Defensor del Pueblo, ambos 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 se desestimara la tutela porque en la actuación judicial desplegada no se vislumbra lesión de derechos fundamentales.

2.3 El representante legal del Banco Davivienda pidió se declarara improcedente la acción de amparo, como quiera que esta no fue concebida para remediar los descuidos de las partes en los procesos judiciales, tal como lo pretende hacer aquí el actor, pues fue él mismo quien propició la declaratoria de desistimiento tácito al dejar cumplir con la carga procesal que le fue impuesta.

3. La titular del despacho demandado y la Defensoría del Pueblo guardaron silencio.

4. La Secretaria del Juzgado Tercero Civil del Circuito informó que respecto de la acción popular radicada 2015-00343, el demandante ya había instaurado una tutela, de la cual conoció el Magistrado Duberney Grisales Herrera cuyo radicado es 66001-22-13-000-2016-001172.

Por otra parte, indicó que una vez se admitió la acción popular se elaboraron los oficios para comunicar a la entidades, tal como lo prevé el artículo 21 de la Ley 472 de 1998; se le informó al actor que para el cumplimiento efectivo de los términos era necesario que asumiera, en su calidad de demandante, las cargas procesales relativas a la notificación de la entidad accionada y del diligenciamiento del aviso a la comunidad, fin este último para el que se le requirió mediante auto de 12 de agosto de 2016 y ante el incumplimiento de esa carga se decretó el desistimiento tácito; contra esa decisión interpuso recurso de reposición, el que se resolvió mediante proveído del 26 de octubre siguiente; finalmente, el 19 de enero pasado se resolvió de manera negativa una solicitud formulada por el citado señor para que se condenara en costas a la Procuraduría General de la Nación.

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

1. El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Política, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. Establecerá la Sala, en primer lugar, es si en este caso se produjo el fenómeno de la cosa juzgada; en caso negativo, se analizará si procede la tutela para controvertir la decisión por medio de la cual se decretó el desistimiento tácito en la acción popular, y de serlo, se determinará si esa providencia vulnera derechos fundamentales del actor, que sea menester proteger.

3. La Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992 declaró inconstitucional el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que autorizaba la tutela contra providencias judiciales. A pesar de ello, enseñó inicialmente que el amparo resultaba procedente cuando se incurría en vía de hecho, concepto que ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia hasta sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la solicitud de amparo frente a esa clase de decisiones.

Así entonces ha enlistado como condiciones generales de procedencia, que deben ser examinadas antes de pasar al análisis de las causales específicas, las siguientes:  “*(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (…) (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(…) (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;(…) (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro 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. (…) (v) 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;(…) y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela (…)*”[[1]](#footnote-1).

Superado ese primer análisis, la Corte ha identificado como causales específicas de procedencia de la acción, las siguientes*: “7.1.- Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia. 7.2.- Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley. 7.3.- Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que afectarían el sentido del fallo. 7.4.- Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible para el caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene. 7.5.- El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales. 7.6.- Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan. 7.7.- Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad. 7.8.- Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa”[[2]](#footnote-2).*

4. Las pruebas documentales allegadas de forma física al expediente y las que obran en el disco compacto que remitió la secretaria del juzgado accionado, acreditan los siguientes hechos:

4.1 El señor Javier Elías Arias Idárraga formuló acción popular contra el Banco Davivienda ubicado en la carrera 7ª No. 23-04 de esta ciudad[[3]](#footnote-3).

4.2 Mediante auto de 12 de agosto de 2016, el Juzgado Tercero Civil del Circuito local, entre otras decisiones, con el fin evitar nulidades por falencia en el aviso a la comunidad, el cual ya había sido publicado por la emisora de la Policía Nacional, se dispuso expedirlo nuevamente con el objeto de que fuera publicado en un diario de amplia y reconocida circulación nacional; además, se requirió al actor, so pena de dar aplicación a la figura del desistimiento tácito, para que procediera a publicar ese aviso[[4]](#footnote-4).

4.3 En providencia del 30 de septiembre de 2016 se declaró terminado el proceso por desistimiento tácito de conformidad con el numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso, al no haber cumplido el actor con la carga procesal impuesta, dentro del término concedido para ello[[5]](#footnote-5).

4.5 Frente a dicha decisión el accionante interpuso recurso de reposición[[6]](#footnote-6).

4.6 Mediante auto del 26 de octubre de 2016 resolvió la funcionaria accionada no reponer su decisión[[7]](#footnote-7).

4.7 El 11 de noviembre siguiente el actor solicitó se probara el impulso oficioso de la actuación ya que “solo da desistimiento tácito sin aplicar el ART (sic) LEY 472 DE 1998”[[8]](#footnote-8).

4.8 En respuesta a lo anterior, por auto de 16 de noviembre, se le recordó al actor que el proceso ya había sido objeto de desistimiento tácito[[9]](#footnote-9).

4.9 Por sentencia de 16 de enero de 2017, esta Sala, con ponencia del Magistrado Duberney Grisales Herrera, negó la tutela formulada por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales, con ocasión al proveído que declaró el desistimiento tácito de la acción popular radicada 2015-00343.

Para así decidir, se consideró que no se advertía arbitraria ni antojadiza la decisión de aplicar esa figura. Tampoco se evidencia una acción tendiente a evitar el impulso oficioso del trámite pues el requerimiento que se le hizo al demandante, para que efectuara la publicación del aviso a la comunidad, tiene fundamento en el artículo 317 del Código General del Proceso y demuestra “un interés en la jueza de conocimiento de agotar el trámite de la acción popular con celeridad y eficacia, que nunca pudo lograr producto de la renuencia del actor (...).”[[10]](#footnote-10)

4. Confrontada esa acción de amparo con la que es objeto de estudio, se concluye que en ambas intervienen las mismas partes, pues fueron promovidas por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira; se fundamentaron en los mismos hechos, concretamente en la inconformidad planteada por el actor contra el auto que declaró el desistimiento tácito de la acción popular radicada 2015-00343 y su falta de impulso oficioso; y en ellas pretende el actor, para proteger los derechos que considera vulnerados, en últimas, se deje sin efecto aquella decisión y se continúe con el trámite procesal, sin que se hayan aducido situaciones nuevas que justifiquen pronunciamiento diferente al que ya se emitió por este tribunal.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 dice:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”

Sobre el contenido de esa disposición ha dicho la Corte Constitucional[[11]](#footnote-11):

“…Según esta norma, la repetida interposición de acciones de tutela por la misma razón, sin que exista una justa causa para someterla nuevamente al control de juez constitucional, provoca la negación del amparo solicitado.

La Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el tema de las consecuencias de la interposición de dos acciones de tutela con identidad de hechos, pretensiones y partes, y ha establecido los criterios frente a los cuales puede considerarse como improcedente la interposición de la segunda acción.

En la Sentencia T-812 de 2005 esta corporación señaló los criterios que el fallador debe verificar para determinar la existencia de una conducta abusiva en el uso de este mecanismo constitucional. Dijo la Corte:

“i) Que las acciones de tutela se presenten en diferentes oportunidades, con base en los mismos hechos y reclamando la protección de los mismos derechos;

“ii) Que quien presenta la tutela sea la misma persona o su representante;

“iii) Que no haya una expresa justificación que respalde el trámite de la nueva acción de tutela”.

...

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha diferenciado la improcedencia misma de una segunda acción de amparo por existir triple identidad, con la llamada acción temeraria...

En consecuencia, en los casos en los que el ciudadano intenta nuevamente una acción de tutela contra el sujeto vinculado al proceso, a pesar de ser improcedente el amparo, no puede predicarse temeridad, cuando el juez no vislumbra mala fe por parte del accionante.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha distinguido claramente la improcedencia de la temeridad. La corporación ha establecido que cuando el juez constitucional, luego de un análisis detallado de los procesos de tutela, ha verificado la identidad de hechos, partes y pretensiones (triple identidad) debe proceder a la declaración de su improcedencia. Por el contrario, la actuación temeraria, “(...) debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la acción de tutela”[[12]](#footnote-12)...”.

5. En este caso, aunque es evidente que se presentaron dos acciones de tutela con sustento en los mismos hechos y pretensiones, no puede deducirse que el promotor del proceso haya actuado de mala fe, más bien su proceder se puede atribuir a algún tipo de descuido, a lo que pudo ser llevado por el gran cúmulo de acciones de amparo que ha interpuesto ante este Tribunal.

En esas condiciones, aunque no puede predicarse temeridad de su parte, se declarará improcedente la acción de amparo porque no resulta posible decidir la situación por segunda vez, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, antes trascrito.

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:** Declarar improcedente la acción de tutela propuesta por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, a la que fueron vinculados el Banco Davivienda, el Alcalde de Pereira, el Procurador y el Defensor del Pueblo, ambos de la Regional Risaralda.

**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-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SU-241 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 2 del CD [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 4 y 5 del CD [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 8, 9 y 10 del CD [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 11 del CD [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 14, 15 y 16 del CD [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 17 del CD [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 18 del CD [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 23 a 27 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-458 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-11)
12. T-655 de 1998, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-12)