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 – 25 de abril de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-00321-00

Accionantes: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA

Accionado: JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO LOCAL

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / NO SE AGOTARON LOS RECURSOS / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA.** “[E]l demandante no empleó oportunamente los medios ordinarios de protección con que contaba en el proceso para obtener lo que solicita a través de este mecanismo excepcional. En efecto, si encontraba afectada la actuación surtida por el juzgado de primera instancia en razón a la incorrecta integración del contradictorio, debió solicitar la declaración de nulidad respectiva a la funcionaria que en esa sede conoció del proceso; de estimar que la nulidad debía ser decretada en segunda instancia, ha debido hacer lo propio en la audiencia programada para escuchar sus alegaciones, pero a ninguno de tales mecanismos procedió y por tal razón, puede decirse que desperdició las oportunidades que tuvo en el curso de la actuación para obtener un pronunciamiento sobre lo que ahora pretende sea decidido por vía de tutela. En esas condiciones, resulta claro que se halla ausente el segundo de los presupuestos generales para que proceda el amparo contra providencias judiciales, de conformidad con la jurisprudencia que atrás se transcribió. (…) En conclusión, como no es posible acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta posible emplearla como medio alternativo de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para suplir la negligencia del interesado a la hora de emplearlos, el amparo solicitado resulta improcedente y así se declarará.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, abril veinticinco (25) de dos mil diecisiete (2017)

Acta No. 208 del 25 de abril de 2017

Expediente No. 66001-22-13-000-2017-00321-00

Se decide por medio de esta sentencia, 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 de local, a la que fueron vinculados el señor Andrés Mauricio Arboleda, Bancolombia, 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 radicada bajo el número “2015-38”, en la que actúa, se incurrió en nulidad por la falta de integración del litisconsorcio con el propietario del inmueble donde presta la entidad demandada su servicio público.

2. Considera lesionados sus derechos a la igualdad y al debido proceso. Para su protección solicita se ordene: a) decretar la nulidad del trámite, tal como este Tribunal lo declaró, de oficio, en otra acción popular y b) al Procurador, acreditar cómo le ha garantizado sus derechos procesales.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Por auto del pasado 5 de abril se admitió la acción y se ordenó vincular al Alcalde municipal de Pereira, a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público, ambos de la Regional Risaralda. También a Bancolombia y al señor Andrés Mauricio Arboleda.

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, al que aún no han sido convocados. Solicita se le desvincule de la actuación.

2.2 El Alcalde de Pereira se pronunció, por intermedio de apoderada, para manifestar que la entidad que representa carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que las pretensiones de la demanda involucran únicamente al juzgado accionado.

3. La titular del juzgado accionado y los demás vinculados guardaron silencio.

**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. Corresponde a esta Sala determinar si procede la tutela como mecanismo para declarar la nulidad de la acción popular en la que interviene el actor, por la falta de vinculación del propietario del inmueble en que funciona la entidad demandada.

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).*

En relación con el segundo de tales presupuestos generales, para que proceda el amparo constitucional frente a decisiones judiciales es menester que el supuesto afectado haya agotado los mecanismos de defensa con que contaba en el propio proceso. Por lo tanto, debe acreditar que desplegó todos aquellos que le ofrece el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos que considera vulnerados, porque de no ser así perdería la tutela su característica de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual para convertirse en uno de protección alternativo o principal. Así lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3):

“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**[[4]](#footnote-4)”*

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.”*

No es posible por tanto acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta factible emplearla como medio alternativo de los ordinarios o extraordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para reemplazarlos, salvo, se repite, cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

4. Las pruebas incorporadas al expediente, demuestran los siguientes hechos:

4.1 Mediante sentencia de 29 de abril de 2016, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local definió en primera instancia la acción popular radicada bajo el No. 2015-00038, formulada por el señor Andrés Mauricio Arboleda contra la sede de Bancolombia ubicada en la carrera 8ª No. 19-67 de esta ciudad, a la que fueron acumuladas las radicadas con los números 2015-0054 y 2015-00053, promovidas por el señor Javier Elías Arias Idárraga; negó las pretensiones de la primera acción, accedió a las de estas últimas y en consecuencia, ordenó al demandado establecer en aquella sucursal programa de intérprete y guía interprete para población sorda y sordiociega[[5]](#footnote-5).

4.2 Frente a esa decisión el actor formuló recurso de apelación. Entre sus argumentos indicó que el proceso estaba viciado de nulidad porque se dejó de vincular a los propietarios del inmueble donde funciona el banco accionado[[6]](#footnote-6).

4.3 En esta sede el citado señor presentó escrito en el que reiteró esa solicitud de nulidad[[7]](#footnote-7).

4.4 Esta Sala, por auto del 31 de agosto último, decidió no dar trámite a esta última petición por extemporaneidad, con sustento en que esa clase de solicitudes deben ser formuladas en audiencia, de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso[[8]](#footnote-8).

4.5 El 19 de octubre siguiente este Tribunal decidió declarar desierto el recurso de apelación formulado por el actor, como quiera que no compareció a la audiencia en la cual debía sustentarlo, y continuar el trámite de segunda instancia únicamente en relación con el interpuesto por el apoderado del banco accionado[[9]](#footnote-9).

5. Demuestran las anteriores pruebas que el demandante no empleó oportunamente los medios ordinarios de protección con que contaba en el proceso para obtener lo que solicita a través de este mecanismo excepcional. En efecto, si encontraba afectada la actuación surtida por el juzgado de primera instancia en razón a la incorrecta integración del contradictorio, debió solicitar la declaración de nulidad respectiva a la funcionaria que en esa sede conoció del proceso; de estimar que la nulidad debía ser decretada en segunda instancia, ha debido hacer lo propio en la audiencia programada para escuchar sus alegaciones, pero a ninguno de tales mecanismos procedió y por tal razón, puede decirse que desperdició las oportunidades que tuvo en el curso de la actuación para obtener un pronunciamiento sobre lo que ahora pretende sea decidido por vía de tutela.

En esas condiciones, resulta claro que se halla ausente el segundo de los presupuestos generales para que proceda el amparo contra providencias judiciales, de conformidad con la jurisprudencia que atrás se transcribió.

Y es que el juez constitucional no puede desconocer las formas propias de cada juicio y adoptar por este excepcional medio de protección decisiones que han debido ser resueltas en el propio proceso, escenario adecuado previsto por el legislador para ello, por los funcionarios competentes y que no lo fueron por negligencia o descuido de las partes; tampoco replantear una situación que ya se valoró, interpretó y definió por la jurisdicción ordinaria, ni dar a la tutela connotación de un recurso frente a decisiones que se encuentran en firme.

En conclusión, como no es posible acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta posible emplearla como medio alternativo de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para suplir la negligencia del interesado a la hora de emplearlos, el amparo solicitado resulta improcedente y así se declarará.

6. No se accederá a la solicitud elevada por el actor en el sentido de ordenar a la Procuraduría que acredite la forma cómo ha garantizado sus derechos, como quiera que esta acción constitucional está prevista para proteger derechos fundamentales conculcados, mas no para tramitar esa clase de solicitudes, las cuales, además, deben ser elevadas directamente por el mismo interesado, a la referida autoridad.

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.** Declara improcedente la acción de tutela promovida por el señor Javier Elías Arias Idárraga contra el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de local, a la que fueron vinculados el señor Andrés Mauricio Arboleda, Bancolombia, el Alcalde del municipio de Pereira y la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, y se niega frente al Ministerio Público.

**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. Sentencia T-735 de 2013, MP. Dr. Alberto Rojas Ríos [↑](#footnote-ref-3)
4. T-567 de 1998 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 9 a 20 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 21 a 23 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 29 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 33 a 35 [↑](#footnote-ref-8)
9. Escuchar audiencia grabada en el disco compacto que obra a folio 38 [↑](#footnote-ref-9)