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 -23 de enero de 2018

Radicación Nro. : 2017-01318-00 (Interna No.1318

Accionante: Daniel James.

Accionado: Juzgado Único de Familia de Dosquebradas

Vinculado (s): María de los Ángeles Millán Bedoya

Proceso: Tutela

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: CUSTODIA Y CUIDADO MENOR HIJO / DEMANDA DE RECONVENCIÓN NO ES POSIBLE EN PROCESO VERBAL SUMARIO / DEFECTO PROCEDIMENTAL / CONCEDE -** Puntualmente existen dos clases de defecto procedimental: (i) El defecto procedimental absoluto; y, (ii) El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

Hay un defecto procedimental absoluto cuando el juez desconoce completamente el procedimiento determinado por la ley, y termina produciendo una decisión arbitraria que vulnera los derechos fundamentales, (…)

(…)

Revisadas las pruebas existentes, se tiene que el Juzgado accionando con proveído del 21-11-2017, admitió la reconvención (Folio 58 a 61, este cuaderno); recurrido en reposición por el accionante, lo mantuvo incólume con auto del 14-12-2017, para así decidir expuso que el artículo 371, CGP, solo es aplicable en procesos verbales, y que al ser suprimida en el CGP la prohibición que contemplaba el artículo 440, CPC, se abrió la posibilidad de que se presentara demanda de reconvención en un trámite verbal sumario.

Dicha postura guarda plena coincidencia con la tesis del doctor Rojas G. , quien, previo reconocimiento de la posición contraria, plantea que es errada la idea de que la contrademanda fuera concebida exclusivamente para el proceso verbal (Artículo 371, CGP), puesto que en el proceso verbal sumario también se “(…) ventilan pretensiones de características idénticas (…), lo que sugiere que las oportunidades y mecanismos de defensa en ambos casos deban ser parejos (…)”.

Como refuerzo adicional continuó el autor señalando que:

… restringir al procedimiento verbal la admisibilidad de la contrademanda no fue el propósito del legislador, pues de haberlo sido luciría irracional descartar expresamente a la vez su procedencia en otros proceso, dado que por lo regular el legislador no hace disposiciones que de antemano sabe estériles. En esta línea de pensamiento no habría cómo explicar que a propósito del proceso monitorio la ley haya excluido en forma inequívoca la reconvención (CGP, art.421 par.), si la hubiera contemplado exclusivamente para el procedimiento verbal…

Sin embargo, aun cuando sea razonable la decisión cuestionada, es necesario reseñar que contraviene el alcance intelectivo que la CSJ, en sede tutela, dio a dichos preceptos, puntualmente, los artículos 371 y 392, CGP; en ese amparo se analizó una decisión que, como la del a quo, aludía a la ausencia de prohibición expresa en el CGP de la reconvención y por lo tanto era admisible; al respecto expuso la Corte :

... el Despacho atacado no realizó una interpretación armónica y sistemática de los artículos 371, inciso primero, y, 392, inciso final, del C. G. del P., para concluir que en los trámites en los que no es procedente la acumulación de procesos, tampoco lo es la formulación de demanda de reconvención.

… para esta Corporación la autoridad atacada al decidir la controversia motivo de censura como lo hizo, se fundó en un entendimiento desarmonizado de las preceptivas que regentan la materia, y ultimó de manera incorrecta, que en la nueva normatividad procesal civil la demanda de reconvención sí es procedente en los juicios verbales sumarios. Luego, entonces, se desprende de lo expuesto, que las decisiones que se reprochan por esta vía no se motivaron adecuadamente, y se soportaron en una interpretación desajustada, quebrantando las garantías primarias de la tutelante y sus representados… (sublíneas fuera del texto original).

Así las cosas y sin que sea necesario efectuar algún análisis adicional, atendiendo las premisas jurisprudenciales, las normas y la decisión tutelar referidas, considera esta Sala de la Corporación que el despacho judicial accionado, incurrió en el defecto procedimental absoluto, pues aplicó una figura procesal vedada para el proceso verbal sumario; se desvió del procedimiento fijado por el legislador, para darle trámite a una petición improcedente.

Evidentemente la CSJ en su decisión privilegio el principio de la celeridad frente al de la economía procesal, considerando como principal sustento la brevedad concebida por el legislador para el proceso verbal sumario, en aras de una pronta y eficaz resolución de los litigios puestos a consideración de la justicia ordinaria (Artículo 4º, Ley 270), así entonces, resulta plenamente razonable, la interpretación dada a los mentados artículos, en el sentido que es improcedente la reconvención, pese a la ausencia de prohibición expresa.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Daniel James

Accionado (s) : Juzgado Único de Familia de Dosquebradas

Vinculado (s) : María de los Ángeles Millán Bedoya

Radicación : 2017-01318-00 (Interna No.1318)

Temas : Defecto procedimental

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 14 del 23-01-2018

Pereira, R., veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018).

1. El asunto por decidir

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

1. La síntesis fáctica

Refirió el actor que promovió demanda para iniciar proceso de verbal sumario de custodia y cuidado personal de su menor hijo contra la señora Mará de los Ángeles Millán Bedoya, ante el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, quien mediante auto del 21-11-2017 admitió demanda de reconvención formulada y decretó la medida de entrega provisional del menor; recurrida en reposición, se mantuvo incólume, pese a que la reconvención es inadmisible ese tipo de asuntos, según los artículos 148, 371 y 392 del CGP, criterio que en sede de tutela expuso la CSJ (Folios 1 a 17, de este cuaderno).

1. Los derechos invocados

Los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (Folio 1, de este cuaderno).

1. La petición de protección

Se pretende que se amparen los derechos invocados, y, en consecuencia, (i) se deje sin efecto el auto admisorio de la reconvención; (ii) se ordene al accionado dictar un nuevo auto ajustado a derecho y a las normas que gobiernan ese tipo de procesos, y, en su lugar, rechazar de plano la demanda de reconvención; y, (iii) se disponga la restitución del menor de edad al seno de su hogar en la municipalidad de Dosquebradas (Folio 9, este cuaderno).

1. El resumen de la crónica procesal

Por reparto ordinario del 18-12-2017 se asignó el conocimiento a este Despacho, con providencia del 19-12-2017, se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente, se negó la medida provisional, y, se dispuso notificar a la partes, entre otros ordenamientos (Folio 32, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 33 a 36, ibídem). Contestó la señora María de los Ángeles Millán Bedoya (Folios 37 a 40, ibídem), el Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia (Folios 42 a 49, ib.) y el accionado (Folios 50 a 52, ib.); el 15-01-2018 se efectúo la inspección judicial (Folios 55 a 63, ib.).

1. La sinopsis de las respuestas

La señora María de los Ángeles Millán Bedoya refirió que en el CGP no está prohibida la reconvención, por lo tanto, está autorizada; en consecuencia, pidió negar la acción de tutela, puesto que el accionado no ha violado disposición alguna, ni sus actuaciones fueron contrarias a derecho; agregó que el accionante carece de derecho para reclamar la custodia del menor, porque incumplió con sus obligaciones alimentarias (Folios 37 a 40, ib.).

El Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia adujo que el amparo cumple con las causales genéricas de procedencia; dijo que existe defecto procedimental absoluto, pese a que la interpretación dada por el Juzgado sea razonable, atendiendo la divergencia hermenéutica que existe al respecto, pues considera que permitir la reconvención en un proceso verbal sumario conlleva la desatención del ordenamiento jurídico, pues se está aplicando una figura impropia para ese tipo de asuntos; asimismo, afirmó que se desconoció el precedente de la CSJ de las STC2591-2017 y 8189-2017, al interpretar de manera desarticulada los artículos 371 y 392, CGP.

El Juzgado accionado expuso que los autos debatidos no adolecen de defecto alguno y se encuentran debidamente argumentados legal y constitucionalmente; añadió que se trata de una medida cautelar que en nada afecta los intereses del menor, de tal suerte, que es dable esperar la prueba que se allegue para establecer el padre que debe ejercer la custodia; refirió jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia del amparo constitucional cuando el trámite se encuentra en curso y la ausencia de un perjuicio irremediable (Folios 50 a 52, 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 Único de Familia de Dosquebradas.
   2. El problema jurídico a resolver. ¿El Juzgado accionado, 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 por activa dado que el accionante promovió el proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal en el que reprocha la falta al debido proceso. Y por pasiva lo es el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, porque fue las autoridades judiciales que conoce el juicio.
      2. Las sub-reglas de 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) 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[[6]](#footnote-6).

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[[7]](#footnote-7) y Quinche Ramírez[[8]](#footnote-8).

* 1. El defecto procedimental

Esta causal de procedibilidad especial se cimenta en el desarrollo de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia (Artículos 29 y 228, CP), puesto que conlleva al respeto por el procedimiento y las formas propias de cada juicio, y el reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal[[9]](#footnote-9).

La CC[[10]](#footnote-10) ha establecido que este defecto se configura *“(…) cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial, ya sea por no aplicar la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate, o cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen nugatorio un derecho (…)”*.

Puntualmente existen dos clases de defecto procedimental[[11]](#footnote-11): (i) El defecto procedimental absoluto; y, (ii) El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

Hay un defecto procedimental absoluto cuando el juez desconoce completamente el procedimiento determinado por la ley, y termina produciendo una decisión arbitraria que vulnera los derechos fundamentales, en palabras de la CC[[12]](#footnote-12): “*(…) cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está “actuando en forma arbitraria y con fundamento en su voluntad*”.

1. El caso concreto que se analiza

En la metodología enseñada por la doctrina constitucional, el primer examen consiste en

verificar los presupuestos generales de procedibilidad, y para el caso se hallan cumplidos.

El asunto es de relevancia constitucional porque trata de la amenaza o vulneración del derecho fundamental al debido proceso; se agotó el único medio ordinario con que se contaba (Reposición) frente al proveído cuestionado, se trata de un asunto de única instancia (Artículo 21-3º, CGP) (Subsidiariedad) (Folio 55, este cuaderno); la actuación reprochada no es de tutela; hay inmediatez porque la decisión que resolvió la reposición fue notificada por estado del 15-12-2017 (Folio 63, ibídem) y la acción fue presentada el 18-12-2017 (Folio 17, ib.); y, las irregularidades realzadas por la parte actora, fueron identificadas y son trascendentes para el desarrollo de la litis.

El incumplimiento de la subsidiaridad planteado por el *a quo*, en el sentido que el proceso en cuestión aún se encuentra en trámite, no se acepta por la Sala, toda vez que en sede ordinaria ya se culminó la discusión sobre la admisibilidad de la reconvención, por lo que es inexistente etapa pendiente de agotar que implique la posibilidad de continuar la controversia aquí planteada. Circunstancia diferente es la referente a la determinación del padre que tendrá la custodia y cuidado del menor, mas ese no es el objeto del amparo.

Concluido el estudio de los requisitos generales, incumbe proseguir con la revisión de las causales especiales y, en el caso concreto, se entiende el petitorio alude al defecto procedimental, pues se queja de que se haya admitido la demanda de reconvención presentada por su contraparte, pese a estar prohibida para los procesos verbales sumarios, según los artículos 148, 371 y 392, CGP.

Revisadas las pruebas existentes, se tiene que el Juzgado accionando con proveído del 21-11-2017, admitió la reconvención (Folio 58 a 61, este cuaderno); recurrido en reposición por el accionante, lo mantuvo incólume con auto del 14-12-2017, para así decidir expuso que el artículo 371, CGP, solo es aplicable en procesos verbales, y que al ser suprimida en el CGP la prohibición que contemplaba el artículo 440, CPC, se abrió la posibilidad de que se presentara demanda de reconvención en un trámite verbal sumario.

Dicha postura guarda plena coincidencia con la tesis del doctor Rojas G.[[13]](#footnote-13), quien, previo reconocimiento de la posición contraria, plantea que es errada la idea de que la contrademanda fuera concebida exclusivamente para el proceso verbal (Artículo 371, CGP), puesto que en el proceso verbal sumario también se *“(…) ventilan pretensiones de características idénticas (…), lo que sugiere que las oportunidades y mecanismos de defensa en ambos casos deban ser parejos (…)”.*

Como refuerzo adicional continuó el autor señalando que:

… restringir al procedimiento verbal la admisibilidad de la contrademanda no fue el propósito del legislador, pues de haberlo sido luciría irracional descartar expresamente a la vez su procedencia en otros proceso, dado que por lo regular el legislador no hace disposiciones que de antemano sabe estériles. En esta línea de pensamiento no habría cómo explicar que a propósito del proceso monitorio la ley haya excluido en forma inequívoca la reconvención (CGP, art.421 par.), si la hubiera contemplado exclusivamente para el procedimiento verbal…

Sin embargo, aun cuando sea razonable la decisión cuestionada, es necesario reseñar que contraviene el alcance intelectivo que la CSJ, en sede tutela, dio a dichos preceptos, puntualmente, los artículos 371 y 392, CGP; en ese amparo se analizó una decisión que, como la del *a quo*, aludía a la ausencia de prohibición expresa en el CGP de la reconvención y por lo tanto era admisible; al respecto expuso la Corte[[14]](#footnote-14):

... el Despacho atacado no realizó una interpretación armónica y sistemática de los artículos 371, inciso primero, y, 392, inciso final, del C. G. del P., para concluir que en los trámites en los que no es procedente la acumulación de procesos, tampoco lo es la formulación de demanda de reconvención.

…

… para esta Corporación la autoridad atacada al decidir la controversia motivo de censura como lo hizo, se fundó en un entendimiento desarmonizado de las preceptivas que regentan la materia, y ultimó de manera incorrecta, que en la nueva normatividad procesal civil la demanda de reconvención sí es procedente en los juicios verbales sumarios. Luego, entonces, se desprende de lo expuesto, que las decisiones que se reprochan por esta vía no se motivaron adecuadamente, y se soportaron en una interpretación desajustada, quebrantando las garantías primarias de la tutelante y sus representados… (sublíneas fuera del texto original).

Así las cosas y sin que sea necesario efectuar algún análisis adicional, atendiendo las premisas jurisprudenciales, las normas y la decisión tutelar referidas, considera esta Sala de la Corporación que el despacho judicial accionado, incurrió en el defecto procedimental absoluto, pues aplicó una figura procesal vedada para el proceso verbal sumario; se desvió del procedimiento fijado por el legislador, para darle trámite a una petición improcedente.

Evidentemente la CSJ en su decisión privilegio el principio de la celeridad frente al de la economía procesal, considerando como principal sustento la brevedad concebida por el legislador para el proceso verbal sumario, en aras de una pronta y eficaz resolución de los litigios puestos a consideración de la justicia ordinaria (Artículo 4º, Ley 270), así entonces, resulta plenamente razonable, la interpretación dada a los mentados artículos, en el sentido que es improcedente la reconvención, pese a la ausencia de prohibición expresa.

1. Las conclusiones

Con fundamento en las consideraciones expuestas se concederá el amparo constitucional porque se incurrió por el accionado en el defecto procedimental en la providencia dictada el día 14-12-2017.

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. CONCEDER la acción de tutela presentada por el señor Daniel James contra el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas.
2. DECLARAR sin efectos el auto fechado 14-12-2017.
3. ORDENAR al Juzgado accionado, la expedición de una nueva decisión en la que resuelva el recurso de reposición formulado contra el auto que admitió la demanda de reconvención, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.
6. 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/2018

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 y T-137 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-024 de 2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-034 de 2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales. Octava edición, Editorial Temis, Bogotá, 2013, p.128. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-1180 de 2001, también las SU-159 de 2002, T-327 de 2011 y T-352 de 2012. [↑](#footnote-ref-12)
13. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo 4º, procesos de conocimiento, Esaju, Bogotá DC, 2016, p.122-123 [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ. STC8189 de 2017. También pude consultarse la STC2591 de 2017. [↑](#footnote-ref-14)