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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / APLICA CUANDO SE DISPONE DE MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA QUE NO HAN SIDO UTILIZADOS POR EL ACCIONANTE.**

… en línea de principio, la acción de tutela no procede contra las providencias o actuaciones judiciales, dado que no pertenece al entorno de los jueces constitucionales inmiscuirse en el escenario de los trámites ordinarios en curso o ya terminados, para tratar de modificar o cambiar las determinaciones pronunciadas en ellos, porque al obrar de esa manera se quebrantarían los principios que contemplan los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, o adelanta un trámite o una actuación en forma alejada de lo razonable, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico o prevenir el agravio que con la actuación censurada se pueda causar a las partes o intervinientes en el proceso, si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial…

… la Sala considera que, como lo advirtió acertadamente la Jueza de primera instancia, el amparo constitucional invocado es improcedente, por incumplirse con el requisito de subsidiariedad, por cuanto se observa que, frente a la declaratoria de nulidad del proceso que se adelanta en el juzgado accionado, el accionante la puede alegar, en la diligencia de entrega del bien inmueble rematado, pues no obra prueba de que se hubiese efectuado aun, o mediante el recurso de revisión, como lo permite el artículo 134 del Código General del Proceso.

Solo a partir de allí, podría empezar a analizarse si la aparente omisión del despacho resulta lesiva de los derechos fundamentales del accionante. Como no ha ocurrido de esa manera, es inviable que esta Corporación se anticipe al criterio de la funcionaria que conoce del asunto.

En esas condiciones puede concluirse que no se satisface el presupuesto de la subsidiaridad que consagra el numeral 1º, artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, según el cual, la tutela resulta improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial…

También ha señalado el alto tribunal Constitucional que, “la acción de tutela solo procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos, no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, CP), hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección. (…) La subsidiariedad establece que la acción constitucional 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…”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 035 de 04-02-2019

Referencia: 66682-31-03-001-**2018-00408**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor ÓSCAR HERNÁN LÓPEZ OLAYA, contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2018, mediante la cual el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal resolvió la acción de tutela que promovió el opugnante en nombre propio y como agente oficioso de la señora ISABEL OLAYA DE LÓPEZ, contra el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE CABAL y la empresa AGROFERTILIZANTES DE COLOMBIA SAS “AGROFERCOL SAS”, representada por el señor JUAN ALBERTO VILLA VERGARA.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante, en nombre propio y como agente oficioso de la señora ISABEL OLAYA DE LÓPEZ, promovió el amparo constitucional por considerar que las accionadas vulneran sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, vivienda digna, propiedad y petición.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. El 31 de octubre de 2018 se enteró de que el señor JUAN ALBERTO VILLA VERGARA interpuso demanda ejecutiva en su contra por una deuda adquirida con la sociedad AGROFERCOL SAS, y que en virtud de dicho proceso le fue embargado y rematado el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 296-38 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Cabal, bien de su propiedad y sobre el cual existe un usufructo del 60% a favor de su progenitora ISABEL OLAYA DE LÓPEZ, quien fue secuestrada en el año 2006 por parte del ERG (Ejército Revolucionario Guevarista), siendo por tanto él y su familia víctimas del conflicto armado en Colombia.

2.2. Ante tal situación el día 2 de noviembre de dirigió al Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal y solicitó copia íntegra del proceso ejecutivo radicado 2011-00418-00, iniciado en su contra, las cuales a la fecha de presentación de la acción de tutela no le han entregado. En los folios 38 y 42 del proceso, los cuales debió fotografiar, se realiza una presunta notificación por aviso y se le entregan las copias de la demanda a la señora VIVIANA OROZCO MARÍN el 26 de junio, esta señora firma ese documento comprometiéndose a entregárselas a él, pero no lo hizo. Lo cual le parece muy extraño, pues en el término del traslado pudo pagar la deuda, ya que no la ha desconocido, y si hubiera llegado a la instancia del remate, hubiera tenido la oportunidad de ser postor en el mismo, o presentar nulidades por las irregularidades observadas. Sin existir medio de prueba que demuestre que recibió dicha comunicación, el juzgado dio continuidad a la ejecución, sin promover su facultad oficiosa para determinar la ocurrencia o no de la entrega, incurriendo en una actuación reprochable, tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.

2.3. El juzgado y el demandante no proceden de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 numeral 4º del CGP, pues el citatorio para la notificación fue enviado a una dirección distinta a la referida en la demanda, y en el certificado de la oficina postal de fecha 6 de diciembre de 2011 no se especificó en ningún momento que se haya rehusado el recibido, expresa que no reside el destinatario, por lo tanto, se debió proceder de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo en su numeral 4º, es decir, a su emplazamiento, con el fin de nombrar un curador ad litem para que lo apoyara en el proceso, en procura del debido proceso y velando por sus garantías mínimas.

2.4. La notificación del auto admisorio de demanda no se efectuó dentro del proceso, violándose así las formas propias de cada juicio y su derecho a la defensa, elementos propios del derecho fundamental al debido proceso.

2.5. En el acta de la diligencia de secuestro del inmueble, del 18 de julio de 2018, aparece que esta fue atendida por la señora Nubiola Arias Grisales, quien extrañamente tampoco le informó nada.

3. Pide conforme a lo relatado, decretar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que le impartió el trámite legal. Fue vinculada la señora ISABEL OLAYA DE LÓPEZ y se decretó la medida provisional solicitada (fls. 375-377 C. Ppal.).

4.1. La empresa AGROFERTILIZANTES DE COLOMBIA SAS “AGROFERCOL SAS”, por intermedio de apoderado judicial, indicó que el accionante fue notificado en debida forma, pero nunca se hizo presente al proceso, fue omisivo, pese a que tenía conocimiento del mismo y pretende utilizar esta acción constitucional como si fuera otra instancia más. La falta de actuación del demandado en el proceso ejecutivo singular, como es la no contestación de la demanda y haber ejercido su derecho de defensa, hace de esta acción un imposible jurídico, toda vez que era en ese escenario donde debía interponer los recursos de ley. Pide se despache de forma desfavorable lo solicitado por el accionante, máxime que el proceso ya terminó, se adjudicó el inmueble, se realizaron los pagos de ley y se registró en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. (fls. 401-408 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que declaró improcedente el amparo deprecado, al no haberse agotado por el accionante todos los mecanismos de defensa judicial disponibles, ya que aún cuenta con la oportunidad de solicitar lo que por esta vía reclama, manifestándolo en la diligencia de entrega del bien, además, tampoco se ha dado por terminado el proceso por pago o por cualquier otra causal, tal como lo establece el artículo 134 del Código General del Proceso. La actuación del actor se limitó a solicitar la expedición de copias totales del proceso. Esto permite evidenciar la clara intención del actor de hacer uso del mecanismo constitucional como sustituto de los medios ordinarios, omitiendo el deber de provocar en primer lugar un pronunciamiento del juez accionado en el trámite del ejecutivo, incumpliéndose el requisito general de procedibilidad atinente a la subsidiariedad. (fls. 411-416 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el accionante con sustento en similares argumentos a los expuestos en su escrito de tutela, indicando que la sentencia es incongruente, pues no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron el amparo, tampoco al derecho impetrado por error de hecho y de derecho, ya que no se hace un examen ni consideración de fondo a su solicitud. Se declara improcedente argumentando que las nulidades se deben alegar en el término del artículo 131 del CGP, sin analizar la indebida notificación, y por ende la imposibilidad de interponer nulidades en el momento procesal señalado, obviando la causal de procedencia de la tutela cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. (fls. 431-433 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si la autoridad judicial accionada, vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, vivienda digna, propiedad y petición, de la parte accionante, dentro del trámite del proceso ejecutivo singular que se adelanta en el Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal, que amerite la injerencia del juez Constitucional.

3. Bien se sabe, siguiendo los criterios de la jurisprudencia patria, que, en línea de principio, la acción de tutela no procede contra las providencias o actuaciones judiciales, dado que no pertenece al entorno de los jueces constitucionales inmiscuirse en el escenario de los trámites ordinarios en curso o ya terminados, para tratar de modificar o cambiar las determinaciones pronunciadas en ellos, porque al obrar de esa manera se quebrantarían los principios que contemplan los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

4. No obstante lo anterior, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, o adelanta un trámite o una actuación en forma alejada de lo razonable, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico o prevenir el agravio que con la actuación censurada se pueda causar a las partes o intervinientes en el proceso, si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial[[1]](#footnote-1).

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor ÓSCAR HERNÁN LÓPEZ OLAYA, pretende que por este mecanismo excepcional se decrete la nulidad del proceso ejecutivo singular que se adelanta en contra suya en el juzgado accionado, promovido por la empresa AGROFERTILIZANTES DE COLOMBIA LTDA., radicado 66682-40-03-001-2011-00418-00.

2. Del examen de las pruebas que obran en el expediente (cuaderno de copias del proceso ejecutivo), de entrada dan al traste con el presupuesto de subsidiaridad de este mecanismo tutelar, como pasa a explicarse:

2.1. La empresa AGROFERTILIZANTES DE COLOMBIA SAS “AGROFERCOL SAS”, formuló demanda ejecutiva contra ÓSCAR HERNÁN LÓPEZ OLAYA, asignada al Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal.

2.2. El Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal, libró mandamiento de pago el 28 de octubre de 2011.

2.3. El demandado fue citado para diligencia de notificación personal, comunicación enviada por intermedio de la empresa “Redex”, quien deja constancia que el inmueble se encuentra desocupado.

2.4. La parte demandante solicita se realice la notificación al demandado en el bien inmueble aprisionado en el asunto.

2.5. Por auto del 6 de junio de 2012 se accede a la solicitud anterior.

2.6. La citación para diligencia de notificación personal fue enviada por intermedio de la empresa “Redex” y se deja constancia que fue recibida por la señora Viviana Orozco Marín, inquilina del demandado, quien se comprometió a entregársela al destinatario.

2.7. Notificación por aviso al demandado, también enviada por intermedio de la empresa “Redex”, quien dejó la misma constancia antes referida.

2.8. El 23 de marzo de 2012, se practicó el secuestro del bien inmueble.

2.9. El 9 de agosto de 2012, se profiere auto ordenando seguir adelante la ejecución.

2.10. Por auto del 27 de julio de 2018, se fijó el 25 de septiembre de 2018 a las diez de la mañana para realizar la diligencia de remate.

2.11. El 25 de septiembre de 2018, se realizó la subasta, adjudicándose el bien a la empresa AGROFERTILIZANTES DE COLOMBIA SAS “AGROFERCOL SAS”, remate que fue aprobado por auto del 19 de octubre de 2018.

2.12. El demandado, señor ÓSCAR HERNÁN LÓPEZ OLAYA, el día 2 de noviembre solicitó copia íntegra del proceso ejecutivo radicado 2011-00418-00.

3. Vistas así las cosas la Sala considera que, como lo advirtió acertadamente la Jueza de primera instancia, el amparo constitucional invocado es improcedente, por incumplirse con el requisito de subsidiariedad, por cuanto se observa que, frente a la declaratoria de nulidad del proceso que se adelanta en el juzgado accionado, el accionante la puede alegar, en la diligencia de entrega del bien inmueble rematado, pues no obra prueba de que se hubiese efectuado aun, o mediante el recurso de revisión, como lo permite el artículo 134 del Código General del Proceso.

Solo a partir de allí, podría empezar a analizarse si la aparente omisión del despacho resulta lesiva de los derechos fundamentales del accionante. Como no ha ocurrido de esa manera, es inviable que esta Corporación se anticipe al criterio de la funcionaria que conoce del asunto.

4. En esas condiciones puede concluirse que no se satisface el presupuesto de la subsidiaridad que consagra el numeral 1º, artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, según el cual, la tutela resulta improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial y en consecuencia así se declarará, pues a esa especial acción no puede acudirse como mecanismo principal de protección, ni resulta posible emplearla como medio alternativo de los ordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para suplir la negligencia del interesado a la hora de emplearlos.

5. Así las cosas, el amparo se torna improcedente por cuanto es claro que existe la vía ordinaria para dirimir conflictos como el planteado por el accionante, en tanto la tutela no está llamada a prosperar cuando se cuenta con otros medios de defensa judicial.

6. Recuérdese que “*El principio de subsidiariedad de la acción de tutela envuelve tres características importantes que llevan a su improcedencia contra providencian 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. En tal sentido se desarrollará cada uno de ellos*” *[[2]](#footnote-2)*.

7. También ha señalado el alto tribunal Constitucional que, “*la acción de tutela solo procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos, no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, CP), hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección. (…) La subsidiariedad establece que la acción constitucional 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, pues los medios de control ordinarios son verdaderas herramientas de protección dispuestas en el ordenamiento jurídico, a los cuales debe acudirse oportunamente si no se pretende evitar algún perjuicio irremediable.”[[3]](#footnote-3)*

8. Verificada la no ocurrencia de uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, este es, la subsidiariedad, no es posible por este medio examinar de fondo si en el asunto propuesto se dan las condiciones para que se decrete la nulidad del proceso ejecutivo singular que se adelanta en el juzgado accionado.

9. Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia.

**VII. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR el fallo proferido el 3 de diciembre de 2018 por el Juzgado Civil de Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro de la presente acción de tutela.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 (Con ausencia justificada)

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia STC7208 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-480 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)