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 / IMPEDIR DESALOJO PLAZA DE MERCADO / ACTUACIÓN A FAVOR DE UN NUMERO PLURAL DE PERSONAS / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEBEN ACUDIR A LA ACCIÓN POPULAR / ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.**

… es pertinente mencionar que el inciso 3º del artículo 86 de nuestra Constitución, en concordancia con los artículos 6º y 8º del aludido Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ad portas de sufrir un perjuicio irremediable. (…)

… si tenemos en consideración que en este asunto fungen como accionantes tres personas, que a su vez dicen propender por los derechos de una multitud de personas conformadas por los Comerciantes de la Plaza de Mercado de La Virginia, Risaralda, y que en últimas, por gracia del interés colectivo, cualquier orden dictada en favor de los aquí involucrados como sujetos activos repercutiría sobre los intereses de los demás extensivamente, debemos decir que contrario a lo concluido por la Juez falladora, en la jurisdicción ordinaria sí existe un mecanismo de defensa judicial expedito e idóneo, como es la acción popular prevista en el artículo 88 Superior, 144 del CPACA, regulada por la Ley 472 de 1998…

Es de anotar que dicha acción, además de estar expresamente prevista en la Constitución y la ley para dirimir asuntos como el propuesto por los accionantes, no resulta ser menos eficaz por el simple hecho de consagrar un término más amplio de resolución, por el contrario, dicho espacio le permite al Juez competente realizar un ejercicio probatorio más riguroso que en el perentorio término de la acción de tutela resulta inviable, a lo que se debe sumar que ese tipo de actuación, tramitada ante la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que en las acciones constitucionales de tutela, tiene prevista la posibilidad de deprecar ante el Juez de la causa medidas provisionales para proteger los derechos…

Muestra de lo anterior, es que ya una de las aquí accionantes, específicamente la señora María Fabiola Duque Pineda, acudió en el pasado a instancias de la jurisdicción contencioso administrativa en una acción popular dentro de la cual salió avante en sus pretensiones…

… de igual manera, el Órgano de cierre en materia Constitucional ha precisado que:

“… la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**ACCIÓN DE TUTELA DE 2º INSTANCIA**

Pereira, ocho (08) de octubre de dos mil veinte (2020)

Hora: 4:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 735

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 66400-31-89-001-2020-00008-03 |
| Accionante: | María Fabiola Duque Pineda  Julio César Arredondo Ríos  Luz Mary Foronda Sánchez |
| Accionado: | Municipio de La Virginia y otros |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia |
| Decisión: | Revoca y declara improcedente |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por parte del **MUNICIPIO DE LA VIRGINIA, RISARALDA**, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esa misma localidad, en las calendas del 27 de agosto de 2020, por medio del cual se concedió la solicitud de amparo constitucional deprecada por **MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA, JULIO CÉSAR ARREDONDO** y **LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ.**

**ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

Acudieron al presente mecanismo constitucional de amparo los señores María Fabiola Duque Pineda, Julio César Arredondo y Luz Mary Foronda Sánchez, invocando la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, dignidad humana, mínimo vital e igualdad; el Quid de la acción se concentra en afirmar que ellos son vendedores en la plaza de mercado de esa localidad, siendo reconocidos como poseedores y propietarios de buena fe de algunos puestos de trabajo ubicados en el lote en el que está ubicada dicha plaza.

Indicaron que el municipio de La Virginia adelantó en el año 2015 un proyecto de construcción de la Plaza, iniciando con el pabellón de carnes y mall de comida (fase I), misma que se ejecutó con la Policía Nacional, el ESMAD y el Ejército, para el desalojo de los puestos de trabajo, pero ese proyecto no se surtió con la respectiva etapa de socialización de la obra pública con los comerciantes de la plaza.

En el año 2018 la administración municipal empezó la construcción de las casetas para la reubicación temporal de la fase II, sin tener en consideración el perjuicio que con ello se le puede causar a los vendedores, dado que las casetas no está adecuadas para ejercer su actividad comercial en condiciones dignas, todo lo cual se está llevando a cabo sin adelantar un proceso de concertación entre los comerciantes y la administración, el cual les permitiera tener seguridad jurídica con relación a la ubicación de sus casetas temporales.

Los accionantes están preocupados, pues les consta el desalojo ocurrido con los vendedores cuando se inició la obra de la Fase I, y coinciden en señalar que la falta de consenso ha generado un caos en el manejo de las reubicaciones, pues muchos de los comerciantes aun no tienen casetas para reubicar sus negocios y a otros les tumbaron los puestos de trabajo para construir la fase I, sin reubicarlos de manera prioritaria para la fase II.

**PRETENSIONES:**

Acorde con los hechos narrados, los accionantes pidieron que se ordene a los accionados la suspensión de cualquier operativo de desalojo de la Plaza de Mercado de La Virginia, porque no todos los comerciantes tienen caseta para reubicarse mientras dura la obra; que se lleve a cabo una reubicación temporal oportuna, acorde con las condiciones donde ellos han venido realizando las diferentes actividades, es decir, en sitios dignos, teniendo en cuenta aspectos como el clima, procurando que las casetas estén forradas con material que proteja del calor y no solo zinc; que el diseño de la plaza se haga concertado, de una sola planta, sin aspectos comerciales como entidades bancarias o jardines, porque son espacios que se pueden utilizar; que no se cobre un arriendo mensual caro; que el municipio de La Virginia cese todo tipo de vías de hecho y presiones tendientes a abandonar el lugar de trabajo, sin brindar soluciones efectivas de fondo que mitiguen no solo la estadía temporal sino la definitiva para evitar problemas y pérdidas económicas; que se ordene al DPS enviar comitiva para que sirva como mediador entre el municipio de La Virginia y los comerciantes de la Plaza de mercado.

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

- El Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, Risaralda, admitió la acción mediante auto del 7 de febrero de 2020, en el que ordenó correr traslado del libelo petitorio al Municipio de La Virginia y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS, además ordenó la vinculación oficiosa del Consejo Municipal de La Virginia. Igualmente llamó a declarar a las señoras María Fabiola Duque Pineda y Luz Mary Foronda Sánchez y ordenó hacer inspección judicial a la Plaza de Mercado de La Virginia el 18 de febrero de 2020.

Es de añadir que durante el devenir de la actuación no se recibió ningún tipo de contestación proveniente del Municipio de La Virginia, como principal accionado, Oficina que tampoco se hizo presente en la diligencia de inspección judicial que se realizó en la plaza de mercado.

- Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, la Jueza *A Quo* resolvió, mediante sentencia del 19 de febrero de 2020, tutelar los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, dignidad humana, mínimo vital y confianza legítima, ordenando en dicho proveído, entre otras cosas:

*“TERCERO: En consecuencia, se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA, que en el término perentorio de CINCO (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reunir de manera directa a los COMERCIANTES DE LA PLAZA DE MERCADO, quienes serán representados por las personas que ellos deleguen, en compañía con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, para que sean escuchados y así garantizar el ejercicio de sus derechos, y se concrete con ellos un plan de reubicación temporal, donde sean tenidos en cuenta sus criterios, y se defina de común acuerdo, sobre construcción de las casetas, que deberán ir forradas en material convencional que mitigue las altas temperaturas; para que se les escuche y tenga en cuenta en si decisión, sobre las características físicas de la construcción de la nueva plaza de mercado (un solo piso, ausencia de cajeros bancarios y zonas verdes) y donde pueda dárseles oportunidades a todos de su ubicación laboral, que se concrete con ellos en iguales términos de común acuerdo aspectos como el valor a sufragar sin que sea sumas mayores, atendiendo su condición.*

*CUARTO: Se ordenará a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA VIRGINIA que en el término de ciento veinte (120) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de este fallo, proceda con la adecuación de los planes de reubicación necesarios y que fueran concertados con la junta que represente a los COMERCIANTES DE LA PLAZA DE MERCADO, puntos que deben ser discutidos y aprobados por ambas partes para que los vendedores beneficiarios con la protección puedan ejercer su oficio en lugares diseñados para tal fin, en condiciones dignas, dado que se advierte una funcionalidad potencial en el terreno, si se construyera una plaza de mercado de acuerdo a las necesidades de los comerciantes, para todos en iguales condiciones como viene haciéndose a través de los años.”*

- Inconforme con lo decidido por el Juzgado fallador, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, presentó escrito de impugnación argumentando que nunca se le corrió traslado del auto admisorio de la acción de tutela, y que solo vino a conocer del asunto con la notificación del fallo, por lo que consideró quebrantado su derecho al debido proceso, en especial porque en la parte resolutiva de la decisión se le dio una orden a esa entidad, pese a que no tiene ninguna competencia para cumplir con la misma.

- En vista de lo anterior, el asunto arribó a esta Sala de decisión, en donde se resolvió decretar la nulidad del fallo de primera instancia, por constatar que efectivamente no se garantizó el derecho a la defensa del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, a quien jamás se le corrió traslado de la acción. Además, fue criterio de la Colegiatura el consistente en que en este asunto se tornaba necesaria la vinculación del ingeniero encargado de la obra cuestionada, o aquel en quien se confió de la adecuación de las casetas en que se habrán de desarrollar de manera transitoria las labores de los comerciantes de la Plaza de Mercado de La Virginia, dado que sería esta la persona idónea para acreditar si las características locativas de dichos lugares cumplen con los estándares necesarios para llevar a cabo en debida forma las labores que desarrollan estas personas, y que las características en que las mismas se construyeron y/o se están construyendo no afectarán los insumos con los cuales estas personas trabajan, ni tampoco su estado de salud (para quienes trabajan con químicos u otros productos que necesiten de lugares con ventilación para no concentrar olores o toxinas en sus puestos de trabajo).

- El asunto regresó al Despacho de origen, en donde se acogieron las directrices de esta Corporación, ordenando mediante auto del 8 de junio de los cursantes, correr traslado del escrito inicial al DPS y requerir al Ingeniero Juan Guillermo Ospina Márquez, del CONSORCIO | M2.

- Por vía de correo electrónico, el abogado que representa los intereses del Municipio de La Virginia solicitó en las calendas del 10 de junio de 2020 y 11 de junio de 2020, que se le corriera traslado de la demanda de tutela, por cuanto era su interés ejercer el derecho de defensa, y aseveró que no contaba con esa información.

A pesar de lo anterior, la Secretaria del Despacho, Dra. Martha Lucía González González, suscribió constancia en la que consignó que “*… se realiza llamada al abonado telefónico 3186464307 suministrado vía correo electrónico, estableciendo comunicación con el Dr. Yeisson Arely Córdoba Lloreda Asesor jurídico externo de Municipio de La Virginia, en razón a la solicitud de copia de la demanda de tutela y el traslado de la misma ya que no cuentan con dicha información; informándosele que ya se le había corrido traslado en su momento, como se evidencia en la siguiente constancia. Se reenvía correo electrónico del 07-02-2020, mediante el cual se notificó auto de avocamiento y traslado de la presente acción popular”.*

- Posteriormente, el señor Alcalde José Villada Marín, suscribió un memorial que dirigió al Juzgado de instancia, suplicándole que le permitiera ejercer su derecho de defensa en este asunto; dicho funcionario alegó que en su correo de notificaciones judiciales, el cual revisó con el asesor jurídico del Municipio, Dr. Eduardo Ramírez Martínez, tras ser notificados de la primera sentencia, no encontró la notificación del auto admisorio, por lo que este último se dirigió al Juzgado en donde le aseguraron que dicha notificación sí se había surtido; inconforme con la decisión, de todos modos acató esa sentencia, la cual consideraba lesiva de los intereses del municipio, especialmente porque los argumentos de la demanda carecen de fundamento y de verdad; por ejemplo, sostuvo que en relación el señor Julio César Arredondo, quien alega tener derechos en uno de los puestos de la plaza, debe tenerse en cuenta que ese lugar que él reclama lo ocupaba su progenitora, la cual falleció, por lo que es necesario adelantar un trámite de sucesión entre los herederos; además, resaltó que los hechos en los cuales se demolieron unas casetas, entre ellas la de la mamá de este ciudadano, datan del 15 de septiembre de 2015, por lo que los herederos inconforme contaban con un plazo de 2 años a partir de entonces para demandar en una acción de reparación directa, pero ahora pretenden de mala fe reclamar unos derechos que bajo el principio de inmediatez no se les debería conferir.

Ahora, frente a una supuesta falta de concertación de la reubicación de los vendedores, sostuvo que en su poder tiene actas de más de 35 reuniones con los comerciantes de la Plaza de Mercado, de lo que se infiere un marcado interés de los tutelantes en mentir a la administración de justicia para obtener una sentencia favorable.

En ese orden, el Alcalde pidió que se le concediera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y poner en consideración del Despacho las pruebas y registros con los que cuentan para que se profiera un fallo en derecho.

- El Despacho de primer nivel, en las calendas del 18 de junio de 2020, resolvió, entre otras cosas:

*“PRIMERO: CONCEDER el amparo de tutela de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, mínimo vital y confianza legítima cuya protección es promovida por MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA, JULIO CESAR ARREDONDO y LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ, en contra del MUNICIPIO DE LA VIRGINIA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS, por las razones expuestas en la parte motiva.*

*SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA- RISARALDA, que en el término perentorio de CINCO (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reunir de manera directa a los COMERCIANTES DE LA PLAZA DE MERCADO, quienes serán representados por las personas que ellos deleguen, para que sean escuchados y así garantizar el ejercicio de sus derechos, y se concrete con ellos un plan de reubicación temporal, donde pueda dárseles oportunidades a todos de su ubicación laboral, y sean tenidos en cuenta sus criterios, sobre la especificación de las casetas, de ser procedente técnicamente, en material convencional que mitigue las altas temperaturas, como así lo sugirió el CONSORCIO M|2, o cualquier otra alternativa constructiva, o condición equivalente para el ejercicio de la activada comercial, siempre y cuando no sea en espacio público.*

*TERCERO: En consecuencia, se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA- RISARALDA, que en el término de ciento veinte (120) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de este fallo, proceda con la adecuación de los planes de reubicación necesarios y que fueran concertados con la junta que represente a los COMERCIANTES DE LA PLAZA DE MERCADO, puntos que deben ser discutidos y aprobados por ambas partes para que los vendedores beneficiados con la protección puedan ejercer su oficio en lugares diseñados para tal fin, en condiciones dignas, dado que se advierte una funcionalidad potencial en el terreno, si se construyera una plaza de mercado de acuerdo a las necesidades de los comerciantes, para todos en iguales condiciones. En caso de que, de los favorecidos por la medida no aceptasen la reubicación, las autoridades competentes deberán entonces concertar estrategias con ellos, dentro del referido término de ciento veinte (120) días.*

*CUARTO: VERIFICAR la situación personal, familiar, social y económica de JULIO CESAR ARREDONDO y le ofrezcan, en el término perentorio de cinco (5) días hábiles, una alternativa económica, laboral o de reubicación de su oficio de vendedor informal en la plaza de mercado, ya que se encuentra cesante con el desalojo ocasionado en la construcción de la fase I.*

*QUINTO: Así mismo, se hace llamado a prevención al Alcalde Municipal de La Virginia, para que, en lo sucesivo, antes de proceder con el desalojo de los puestos de venta localizados en la Plaza de Mercado del Municipio de La Virginia – Risaralda, haga efectivos los programas de reubicación discutidos y aprobados entre ambas partes o, en su defecto, de capacitación y/o financiación en beneficio de los individuos que, amparados por la confianza legítima, se dedican al comercio informal.*

*SEXTO: Se DESVINCULA al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, por las razones expresadas.*

*SÉPTIMO: Se DESVINCULA al ingeniero JUAN GUILLERMO OSPINA MÁRQUEZ, del CONSORCIO | M2, por lo expuesto.”*

- El apoderado judicial del municipio de la Virginia presentó impugnación, alegando básicamente que no se le permitió como contraparte ejercer su derecho de defensa, por la situación acontecida a instancias del Despacho de primer nivel, quien no le corrió traslado de la demanda.

- Estando el asunto en la Sala nuevamente, el Despacho Sustanciador, dispuso en las calendas del 3 de agosto de 2020, oficiar al Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, para que certificara si después de la declaratoria de nulidad de la sentencia de tutela inicialmente proferida, se le allegó al Municipio de La Virginia, Risaralda el traslado requerido. En ese mismo proveído, y en virtud de las facultades consagradas en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que hace referencia a la práctica de pruebas en segunda instancia, se requirió al Ingeniero Juan Guillermo Ospina Márquez, para que respondiera de manera clara y puntual el siguiente cuestionamiento:

*“Teniendo en consideración que en su escrito de contestación usted consignó que: “…el 24 de octubre de 2019, previo a la firma del acta de inicio, y de manera escrita, el CONSORCIO M2 sugirió a la Entidad revisar los precios unitarios y especificaciones de las casetas… por temas de “Confort”. Se sugirió a le Entidad algunos cambios como: el cambio de la lámina de zinc (usada para las paredes interiores) y galvanizada (usada para las paredes exteriores), por materiales menos calientes que mejoraran el “Confort” de los usuarios de estas casetas. Sugerimos el uso de placas de yeso (gyplack) a cambio de las láminas de zinc para el interior y láminas en fibrocemento (superboard) en lugar de las láminas galvanizadas para el cerramiento exterior. Este cambio disminuiría la temperatura dentro de las casetas, daría confort térmico para los usuarios, y tendrían un impacto visual positivo para el proyecto. Dicha propuesta no fue aceptada por la Entidad, por lo cual el CONSORCIO M2 procedió a construir las casetas según lo especificado en el Contrato 297-2019”.*

*Acorde con tales afirmaciones, y a modo de consulta teniendo en cuenta sus conocimientos en la materia, el Despacho le pide que, en la medida de lo posible, amplíe esa información indicando:*

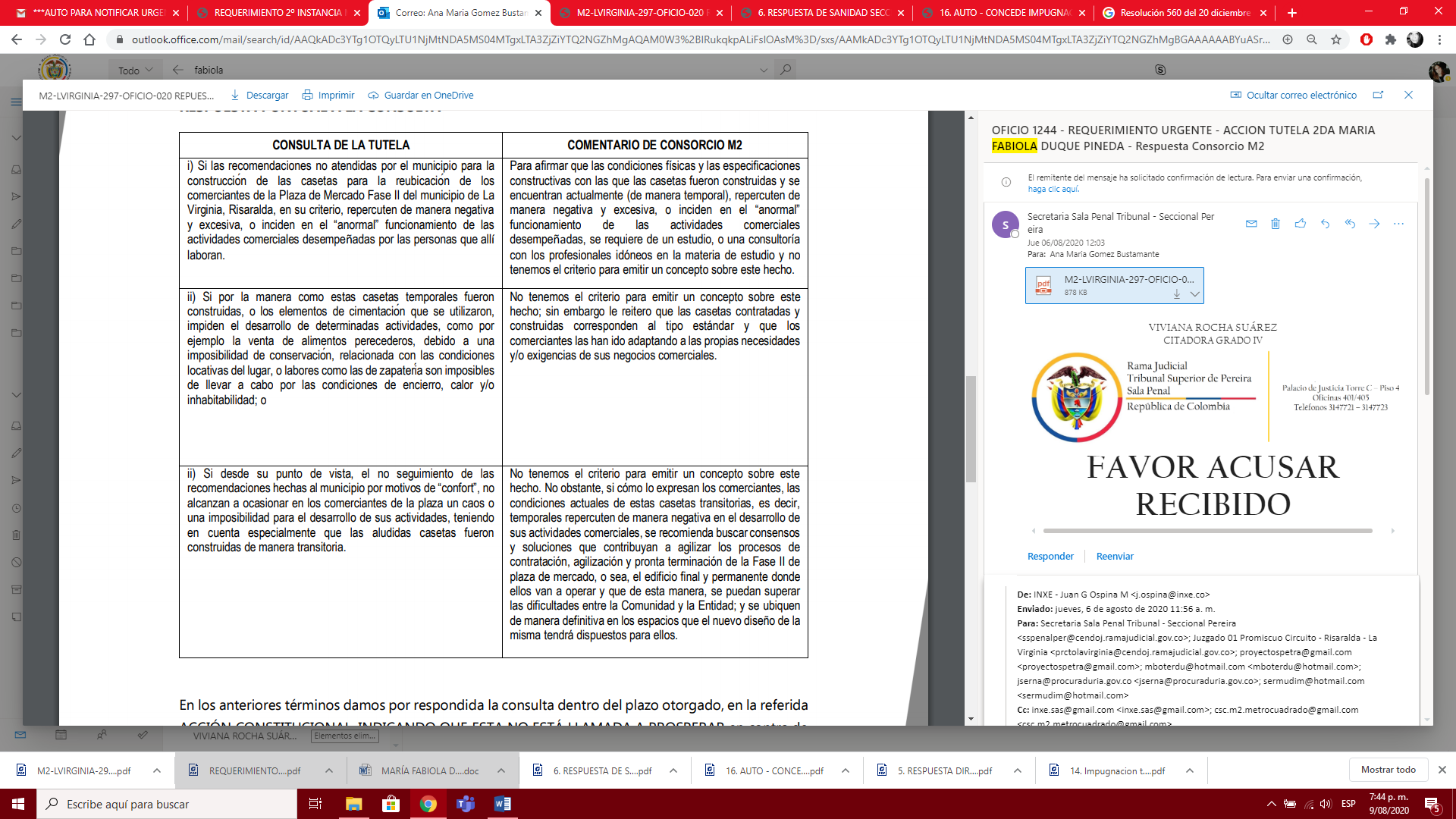
*i) Si las recomendaciones no atendidas por el municipio para la construcción de las casetas para la reubicación de los comerciantes de la Plaza de Mercado Fase II del municipio de La Virginia, Risaralda, en su criterio, repercuten de manera negativa y excesiva, o inciden en el “anormal” funcionamiento de las actividades comerciales desempeñadas por las personas que allí laboran.*

*ii) Si por la manera como estas casetas temporales fueron construidas, o los elementos de cimentación que se utilizaron, impiden el desarrollo de determinadas actividades, como por ejemplo la venta de alimentos perecederos, debido a una imposibilidad de conservación, relacionada con las condiciones locativas del lugar, o labores como las de zapatería son imposibles de llevar a cabo por las condiciones de encierro, calor y/o inhabitabilidad; o*

*iii) Si desde su punto de vista, el no seguimiento de las recomendaciones hechas al municipio por motivos de “confort”, no alcanzan a ocasionar en los comerciantes de la plaza un caos o una imposibilidad para el desarrollo de sus actividades, teniendo en cuenta especialmente que las aludidas casetas fueron construidas de manera transitoria.”*

- El jueves 6 de agosto de 2020 se recibió respuesta por parte del mencionado Ingeniero, quien indicó que: *“… el contrato No. 297-2019 celebrado con el Municipio de La Virginia fue un contrato de “construcción” y no de consultoría o de interventoría. Nuestra recomendación en su momento al Municipio de la Virginia, atendía a que: (1) había materiales contractuales de difícil consecución y que sus precios no coincidían a los valores unitarios pactados; (2) basándonos ASHRAE Estándar 55. La ASHRAE traduce de su sigla en inglés “Sociedad Americana de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado” y es la máxima autoridad internacional sobre este tema y (3) Esta fue una sugerencia técnica, basados en el conocimiento que se tiene de la naturaleza, especificaciones, características y comportamiento de los materiales constructivos sugeridos”.*

Frente a lo concretamente preguntado, respondió lo siguiente:



- Por su parte, el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia reconoció ese mismo 6 de agosto de 2020, que no acogió los pedimentos del alcalde municipal, por lo que no accedió a correrle traslado de la acción, al puntualizar que ya en el pasado lo había hecho y que la oportunidad para pronunciarse había fenecido.

- Así las cosas, mediante auto del 10 de agosto de 2020, la Sala concluyó que le asistía la razón al recurrente, en la medida en que la declaratoria de nulidad de un fallo es una oportunidad procesal de retrotraer la actuación para subsanar las posibles falencias en que inicialmente se hubiera podido incurrir; en ese orden, desde un punto de vista objetivo y práctico, se indicó que sobre la decisión adoptada inicialmente por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia no pesaba el principio de inmutabilidad o irreformabilidad de la sentencia, que implicara que la Jueza A Quo hubiese tenido cerradas las puertas para recolectar nuevas pruebas, quiere esto decir que no tenía la necesidad de permanecer incólume en su criterio inicial, tomando mayor inclinación a favor de los libelistas, sin permitirse conocer los argumentos defensivos de la contraparte; y es que el propósito de la actividad judicial, en cualquiera de sus escenarios o especialidades, no es otro que el de llegar a un grado de conocimiento sobre la veracidad de los hechos objeto de debate o litigio, que permitan adoptar una decisión ajustada a derecho y a la realidad fáctica.

De igual manera, la Corporación refirió en esa oportunidad que en el asunto de marras todavía se encontraban cabos sueltos o dudas referentes a los hechos materia de discusión, pues no en vano se había instado al Despacho de primer nivel para que practicara pruebas adicionales que zanjaran la incertidumbre relacionada con la necesidad intervenir a través de este expedito y excepcional mecanismo en favor de los intereses reclamados, a pesar de que el mismo, a grandes rasgos, reúne ciertas características de una acción pública de protección de derechos colectivos (Popular), lo que denota entonces un deber, en cabeza del Juez tuitivo, de efectuar un análisis más riguroso respecto de su procedibilidad, y no solo desde el ámbito de la subsidiariedad sino también de la inmediatez, además, por la complejidad del debate y las repercusiones jurídicas que el mismo puede conllevar, se insiste, resultaban de gran utilidad las pruebas que pudiera presentar el Municipio de La Virginia.

En suma, se decretó la nulidad del fallo opugnado, proferido por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, para que se rehiciera la actuación de acuerdo a los lineamientos expuestos en la parte motiva de esa decisión.

- Mediante auto del 14 de agosto de 2020, el Despacho de instancia ordenó *“NOTIFICAR el auto admisorio de la tutela fechado el 07 de febrero de 2020, al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA, RISARALDA, a través de su representante legal JOSÉ VILLADA MARÍN, Alcalde Municipal y córrasele traslado del escrito de tutela, en los términos del artículo 8º del Decreto 806 de 2020, para que ejerza su derecho de contradicción y defensa, por el término de dos (02) días”.*

- En el término otorgado por el Juzgado de instancia, el apoderado del municipio, Dr. Yeisson Arley Córdoba Lloreda, presentó sus argumentos defensivos, entre los cuales se destaca:

a) Los accionantes no pueden fungir como representantes de los intereses colectivos de la comunidad de la Plaza de Mercado de La Virginia, por carecer de legitimación para ello; desde ese punto, pidió que se resolvieran puntualmente los asuntos jurídicos que les concierne a los tutelantes, para no distraer el tema objeto de la Litis.

b) El señor Julio César Arredondo Ríos no es propietario de ningún puesto en la Plaza de Mercado, por lo menos no lo ha acreditado, porque su calidad es la de heredero de una ciudadana Filomena Viuda de Arredondo, madre de este señor, quien ante su renuencia para abandonar uno de los puestos, en el mes de septiembre del año 2015 fue desalojada y su lugar demolido por el ESMAD, pero esta fue una actuación que pudo ser demandada en una acción de reparación directa, oportunidad que al parecer los interesados dejaron fenecer, y pretenden revivir esa oportunidad en sede de tutela, lo que no es procedente, porque al haber dejado transcurrir más de 4 años sin hacer nada, el asunto perdió su carácter de fundamental.

c) Las casetas temporales se empezaron a construir desde el mes de junio de 2019.

d) Según la ficha técnica, las nuevas casetas cuentan con techo en teja de “sementó” (sic) y no en zin (sic), ofertando una solución transitoria hasta que se termine la segunda fase de la plaza.

d) Los aquí accionantes representan una minoría y no las ideas de la mayoría de comerciantes, quienes se encuentran ubicados en las casetas temporales asignadas, ejerciendo su actividad comercial, mientras que unos pocos se niegan a reubicarse en tanto se desarrollan las obras de la fase II de la plaza de mercado, lo que viene generando atraso

e) Los atrasos en la obra podrían generar un grave perjuicio a los comerciantes a nivel global, porque los recursos de la construcción de la fase II de la plaza de mercado son derivados de regalías, y para ello, se suscribió un convenio interadministrativo entre el DPS y el Municipio de La Virginia, el cual puede expirar ocasionando la pérdida de una importante oportunidad para la Virginia de tener una plaza de mercado digna, que brindará desarrollo local y contribuirá con el mejoramiento de las condiciones de todos los comerciantes que ejercen su activad en la plaza de mercado de la Virginia y de la comunidad que compra y consume productos en ese lugar, así como de los habitantes del municipio, quienes que se verán beneficiados con una obra que embellecerá el sector e incrementará el valor de los predios vecinos, y todo esto, solo por el capricho de una minoría que va en contravía de los derechos de los demás comerciantes de esa plaza.

f) Los tutelantes están haciendo una campaña de desprestigio de la administración al interior de la plaza de mercado, instando a unos pocos a no reubicarse temporalmente, y ese tipo de acciones fueron las que obligaron a la administración anterior a desalojar a la fuerza con el ESMAD a una minoría de comerciantes que se negaron a desalojar, para así, buscando hacer prevalecer el bien colectivo, facilitar la construcción de las obras de la fase I de la plaza de mercado, actuación a la que se vio obligada la administración para salvar el proyecto, y no permitir que los recursos se destinaran por parte del DPS a otra obra y en otro municipio.

g) La Construcción de la fase II de la plaza de mercado, se firmó para un período de ejecución de 75 días, se había proyectado su entrega el 26 de diciembre de 2019, pero no se ha firmado acta de inicio, porque la condición para que el contratista inicie las obras es que el inmueble a intervenir esté completamente desalojado, pero la desidia de los tutelantes no ha permitido el total desalojo del inmueble, entonces, además de no haberse podido iniciar las obras, está el municipio ante el riesgo de perder esos $ 7.100.000.000,00.

h) La administración se ha reunido con los comerciantes ahora accionantes para llegar a acuerdos, pero los resultados han sido infructuosos, porque ellos quieren que se modifique el diseño de la plaza definitiva, por ejemplo, para que no sea de dos pisos, pero esos diseños fueron aprobados desde la etapa precontractual. Ahora, en lo que tiene que ver con las casetas temporales que se han de construir, se harán en materiales que disminuyan la temperatura. Finalmente, en cuanto a la reubicación, aclaró que los poseedores de los puestos de la plaza de mercado entraran a la nueva plaza después de ser construida.

- En las calendas del 27 de agosto de 2020, el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia resolvió:

*“PRIMERO: CONCEDER el amparo de tutela de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, mínimo vital cuya protección es promovida por MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA, JULIO CÉSAR ARREDONDO y LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ, en contra del MUNICIPIO DE LA VIRGINIA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS, por las razones expuestas en la parte motiva.*

*SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA- RISARALDA, que en el término perentorio de CINCO (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda reunir nuevamente de manera directa a MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA, JULIO CÉSAR ARREDONDO y LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ, con asistencia del representante del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS, para que sean escuchadas y así garantizar el ejercicio de sus derechos, concertando con ellos el plan de reubicación temporal, donde pueda dárseles oportunidades de ubicación laboral, y sean tenidos en cuenta sus criterios, sobre la especificación de las casetas, de ser procedente técnicamente, en material convencional que mitigue las altas temperaturas, como así lo sugirió el CONSORCIO M|2, o cualquier otra alternativa constructiva, o condición equivalente para el ejercicio de la actividad comercial, siempre y cuando no sea en espacio público.*

*TERCERO: Por consiguiente, se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA- RISARALDA, que en el término de un (01) mes, contados a partir de la fecha de notificación de este fallo, proceda con la adecuación del plan de reubicación necesario, concertado con las tutelantes, a efectos de que puedan ejercer su oficio en lugares diseñados para tal fin, en condiciones dignas.*

*CUARTO: Se ORDENA al MUNICIPIO DE LA VIRGINIA- RISARALDA, que dentro del mismo término de CINCO (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, se VERIFIQUE la situación personal, familiar, social y económica de JULIO CÉSAR ARREDONDO y de tener derecho, le ofrezcan, en el término perentorio de cinco (5) días hábiles, una alternativa económica, laboral o de reubicación de su oficio de vendedor informal en la plaza de mercado, ya que se encuentra cesante con el desalojo ocasionado en la construcción de la fase I. Pronunciándose frente a sus reclamaciones, conforme a las actuaciones de la administración, mediante acto administrativo, susceptible de control respecto de los derechos que reclama.*

*QUINTO: Se ORDENA al CONCEJO MUNICIPAL DE LA VIRGINIA RISARALDA, realizar las gestiones que esté a su alcance para que el ALCALDE MUNICIPAL DE LA VIRGINIA RISARALDA, pueda hacer efectiva la orden dada.*

*SEXTO: Se RECHAZAN las demás pretensiones planteadas por los accionantes, por lo expuesto.*

*SÉPTIMO: se DESVINCULA al ingeniero al JUAN GUILLERMO OSPINA MÁRQUEZ, del CONSORCIO | M2, por lo expuesto.”*

La Jueza de instancia refirió en la parte motiva de su decisión que:

*“… la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo cuando: (i) el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Requisito que se cumple en el presente caso, ya que si bien pudiera considerarse que el mismo, a grandes rasgos, reúne ciertas características de una acción pública de protección de derechos colectivos (Popular),* ***se observa que los accionantes ya acudieron a dicho mecanismo, donde mediante sentencia de 02 de marzo de 2020, se concedió la protección de los derechos e intereses colectivos del goce al espacio público, y el goce de un ambiente sano, relacionados con los hechos y los temas objeto de debate en la presente tutela y confirmada mediante sentencia del 08 de noviembre de 2018, por la sala segunda de decisión, del TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA****, no existiendo otro mecanismo idóneo para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales.*

*Concluyendo que, no hay forma de pensar ahora, que se presenta otra acción popular, ya que lo que se pretende no es la protección de derechos e intereses colectivos, si no la protección de los derechos invocados por los accionantes, siendo fruto de la acción popular que se logró la reubicación de los vendedores temporalmente, mientras se realizan las obras de la Plaza de Mercado.”*

En lo atinente al requisito de la inmediatez, puntualizó la falladora:

*“En primer lugar, para justificar la inactividad de los accionantes frente a la interposición de la acción de amparo, en contra de MUNICIPIO DE LA VIRGINIA - RISARALDA, se tiene que: i) los tutelantes son personas que han venido desarrollando la actividad comercial en Plaza de Mercado del Municipio de La Virginia – Risaralda, desde hace 45, 18 y 24 años respectivamente, con la aquiescencia de la Administración Municipal, bajo la percepción legítima de actividades aceptadas jurídicamente; ii) La Administración del Municipio de La Virginia, desde el año 2014, proyectó la construcción de la plaza mercado de dicha municipalidad, proceso que inició a mediados del año 2015; ii) Con el fin de ubicar de manera temporal a los vendedores se inició construcción de casetas para la reubicación de los comerciantes de la plaza de mercado; iii) En el año 2016, los tutelantes interpusieron acción popular, a fin de obtener la protección de sus derechos colectivos al goce del espacio público, y el goce de un ambiente sano, pero solo* ***hasta el 2018, se materializó efectivamente la protección de su derechos mediante sentencia preferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Pereira.***

*En el caso analizado, se encuentra que el requisito en comento se encuentra satisfecho por MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA y LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ. Sobre el particular se evidencia que la acción de tutela fue presentada ante su actual necesidad del plan de ubicación en condiciones dignas.*

*De otro lado, respeto al señor JULIO CÉSAR ARREDONDO, se encuentra que la sentencia del 08 de noviembre de 2018, proferida por el TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, genera para el tutelante un hecho nuevo, que se crea una nueva situación jurídica frente al análisis de la vulneración de los derechos alegados, a pesar que hayan transcurrido 5 años, desde las decisiones policivas de desalojo y la demolición del puesto de trabajo No. 114, hasta en este momento en que se presenta esta acción constitucional. Toda vez que se observa que, en ningún momento, se brindó plan de reubicación temporal. Lo que implica que es procedente la acción de tutela para la efectiva protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, y al mínimo vital, ya que es claro que la situación del actor se extiende en el tiempo, puesto que, si bien se efectuó la construcción de las casetas para la reubicación temporal de los comerciantes, no se aplicó el principio de igualdad respecto de los derechos de que consideraba que era acreedor, ya que se evidencia de conformidad con la escritura pública número: 1.24. del 21 de diciembre de 200417, que él hace parte de la sucesión intestada de FILOMENA RIOS VIUDA DE ARREDONDO, quien en vida se identificaba con la cedula de ciudadanía no. 24.0534.171, que era propietaria de las mejoras del granero y la razón social del puesto no. 114, ubicada en la Plaza de Mercado del municipio de La Virginia- Risaralda, destinado a expendio de víveres, identificado con el nit. No 24.534.171, inscrito en la secretaria de Hacienda Municipal de La Virginia – Risaralda. De manera que, se requiere de la intervención del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales del accionante en condición de vulnerabilidad, al lesionar desproporcionadamente el derecho al mínimo vital perteneciendo al sector más vulnerable y pobre de la población, privándolo del único medio lícito de subsistencia que tiene a su disposición. Razón suficiente, para que el municipio de La Virginia, proceda a analizar el análisis particular del señor JULIO CÉSAR ARREDONDO, y adoptar las decisiones que en derecho correspondan.”*

Finalmente, concluyó:

*“En este caso, se observa con claridad que la actuación del Municipio de La Virginia – Risaralda, ha ofrecido casetas de reubicación varios años atrás, siendo esas casetas, por sí mismas, una acción inoperante, ya que como pudo observarse en la inspección judicial, dichas casetas se encuentran ocupando y obstaculizando el espacio público, y efectivamente se evidenció que no cuentan con la infraestructura adecuada para el funcionamiento de puestos de comercio de manera digna, en razón a las temperaturas al interior de estas, sin tener en cuenta el clima de esta municipalidad. Teniendo en cuenta el lineamiento referido, no puede dejar de lado este Despacho, que el señor JULIO CÉSAR ARREDONDO, ni siquiera ha sido tenido en cuenta para la asignación de una de las casetas ya construidas; demostrando con ello, que dichas casetas, no constituye una política adecuada y razonable de mitigación del efecto adverso del desalojo, ya que se observó que son escasos los vendedores que las ocupan, a pesar de haber iniciado obra desde el 2015. Además, debe tenerse en cuenta que la solución propuesta de reubicación en casetas en espacio público debe estar proscrita, ya que, al respecto, se pronunció el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira- Risaralda, en la acción popular36 que ordena la recuperación de la totalidad del espacio público, de las vías públicas aledañas a la plaza de mercado, ocupado por las casetas construidas por el MUNICIPIO DE LA VIRGINIA RISARALDA; decisión que fue confirmada por el TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA, en sentencia de segunda instancia del 08 de noviembre de 201837.*

***Lo anterior indica, que, ante la vulneración de un derecho e interés colectivo, como lo es el goce de espacio público y el goce al ambiente sano, al tenor de la ley 472 de 1998****, no puede desconocer este Despacho tal fallo y permitir* ***que se dé una vulneración a decisión judicial****, cohonestando con que se permita una reubicación en un espacio público, que como se ha señalado, no corresponde a una debida condición laboral digna de los accionantes.”*

- Inconforme con lo decidido, el representante judicial del Municipio de La Virginia presentó oportunamente recurso de impugnación, en ese memorial reprochó los argumentos del Despacho fallador para persistir en amparar los derechos reclamados, porque con ese proceder lo que hizo fue continuar violentando los derechos procesales del municipio, pues de nada le valieron los argumentos de defensa presentados, ya que la Juez A Quo no hizo una valoración objetiva de las pruebas aportadas y además pasó por alto principios constitucionales como el de la inmediatez, y es que por ejemplo, el señor Julio César Arrendondo esperó 5 años para acudir a la acción de tutela, sin que exista ninguna prueba que justifique su pasividad, tanto es así que desde la ocurrencia de los hechos que él demanda han pasado 2 administraciones diferentes sin que él reclamara jamás sus presuntos derechos. Frente a dicho ciudadano, alegó que él es de las personas que asiste a las múltiples reuniones que para llegar a acuerdos convoca la alcaldía, aun así, siempre se rehusa a firmar su asistencia.

Por otro lado, puso de presente que si supuestamente ya existía un fallo de tutela, como lo mencionó la Juez en la sentencia, otra tutela no es la vía jurídica, y el tutelante, estaría incurriendo en un delito de falsedad, ya que la tutela se presenta bajo la gravedad del juramento de no haber presentado otras acciones de tutela por los mismos hechos y las mismas partes, por lo tanto “no debió la juez connotar tal transgresión al estatuto penal y a la ley 2591 de 1991, en tal caso, estaría el aquo prevaricando” porque ello haría presente la existencia de una actuación temeraria por parte de quien promueve la acción de amparo.

Por otra parte, el impugnante manifestó que le generan confusión los puntos 2 y 3 de la sentencia de primera instancia donde se ordena la realización de más reuniones, pues las mismas se están llevando a cabo periódicamente, como se le manifestó a la falladora en el escrito de contestación, pero es claro que Ella no valoró las pruebas allegadas por parte del Municipio de La Virginia, siendo más fácil mantener su tesis y proferir por tercera vez una sentencia en contra del municipio, aun cuando se está ejecutando un plan de acción para la reubicación de todos los comerciantes, donde están incluidos los tutelantes, y en dicho plan se tuvieron en cuenta las condiciones climáticas del municipio de la Virginia. Así mismo, se desconoció que la contratación del diseño de la nueva plaza de mercado la realizó directamente el DPS.

De igual manera, aludió nuevamente que el municipio ha cambiado el diseño de la construcción de las casetas temporales, ha hecho esfuerzos económicos para adicionar recursos para que las mismas cumplan con los estándares de calidad y garanticen la ejecución de las labores de los comerciantes en condiciones dignas.

En suma, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo de primer nivel.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**1. Competencia:**

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema jurídico:**

En el presente asunto se debe establecer si la decisión tomada por la Juez cognoscente fue acertada al tutelar los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, y en cuanto las órdenes que con el fin de conjurar dicha trasgresión emitió; o si por el contrario le asiste razón al impugnante cuando afirmó que la sentencia no debió prosperar en favor de los intereses de los accionantes.

**3. Solución:**

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 Superior, reglamentada por el Decreto Ley 2591 de 1991, es el mecanismo judicial desarrollado por el legislador para brindar a los ciudadanos colombianos la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales transgredidos por la acción o la omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos en la ley, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Sin embargo, es pertinente mencionar que el inciso 3º del artículo 86 de nuestra Constitución, en concordancia con los artículos 6º y 8º del aludido Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ad portas de sufrir un perjuicio irremediable.

Entonces, los postulados según los cuales ha sido concebida la acción constitucional de tutela, están enfocados en dar solución a situaciones o actuaciones de las diferentes instituciones del Estado que desconozcan derechos de rango fundamental, y que de paso, pueden llegar a ocasionar un perjuicio irremediable, imponiendo como regla que sólo procederá ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial al alcance de quien la invoca. Por esta razón, para poder analizar si las entidades demandadas incurrieron en una vulneración a las prerrogativas constitucionales invocadas por los accionantes, es necesario que se supere la etapa de acreditación de inexistencia de otro mecanismo judicial, o el verdadero, real y latente riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, que sólo pueda sanearse ante la intervención del Juez de tutela; ello, bajo el entendido que la querella de amparo no es el único mecanismo del cual dispone la jurisdicción para poner bajo amparo los derechos fundamentales, todo lo contrario, siendo la Carta Política la norma de normas en el ordenamiento jurídico, es por naturaleza aplicable y exigible en cualquier tipo de actuación judicial, y por si no fuera poco, existen otras acciones de igual naturaleza constitucional, disímiles a la tutela, que también propenden de manera concreta por la protección de este tipo de derechos iusfundamentales, Vrg. la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las acciones populares y de grupo, entre otras.

De allí, si tenemos en consideración que en este asunto fungen como accionantes tres personas, que a su vez dicen propender por los derechos de una multitud de personas conformadas por los Comerciantes de la Plaza de Mercado de La Virginia, Risaralda, y que en últimas, por gracia del interés colectivo, cualquier orden dictada en favor de los aquí involucrados como sujetos activos repercutiría sobre los intereses de los demás extensivamente, debemos decir que contrario a lo concluido por la Juez falladora, en la jurisdicción ordinaria sí existe un mecanismo de defensa judicial expedito e idóneo, como es la acción popular prevista en el artículo 88 Superior, 144 del CPACA, regulada por la Ley 472 de 1998:

*“Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente,* ***hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible…”***

A su vez, el artículo 2º de la aludida Ley 472 de 1998 estipula lo siguiente:

*“ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*

*Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

Es de anotar que dicha acción, además de estar expresamente prevista en la Constitución y la ley para dirimir asuntos como el propuesto por los accionantes, no resulta ser menos eficaz por el simple hecho de consagrar un término más amplio de resolución, por el contrario, dicho espacio le permite al Juez competente realizar un ejercicio probatorio más riguroso que en el perentorio término de la acción de tutela resulta inviable, a lo que se debe sumar que ese tipo de actuación, tramitada ante la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que en las acciones constitucionales de tutela, tiene prevista la posibilidad de deprecar ante el Juez de la causa medidas provisionales para proteger los derechos, mírese:

*“ARTÍCULO 25. MEDIDAS CAUTELARES. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez,* ***de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado****. En particular, podrá decretar las siguientes:*

***a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;***

*b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*

*c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*

*d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.*

*PARAGRAFO 1o. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.*

***PARAGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.”***

Muestra de lo anterior, es que ya una de las aquí accionantes, específicamente la señora María Fabiola Duque Pineda, acudió en el pasado a instancias de la jurisdicción contencioso administrativa en una acción popular dentro de la cual salió avante en sus pretensiones, en compañía de otro número de personas entre las que no están enlistados ni el señor Julio César Arrendondo ni la señora Luz Mary Foronda.

Lo dicho arriba, conspira de forma negativa en contra de los accionantes por llegar a través de ese medio de conocimiento a diversas conclusiones anticipadas:

1. En primer lugar, si la señora María Fabiola Duque Pineda ya transitó por los caminos de una acción popular, en que según la Juez de primer grado se formulaban hechos casi equivalentes a los de esta acción, lo natural sería que si ella ha visto pasar inadvertidas las disposiciones de la autoridad judicial competente, acudiera a los cauces de un incidente de desacato consagrado en el artículo 41 de la Ley 472 de 1998 *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”*, veamos:

*“Desacato. La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

*La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en efecto devolutivo.”*

2. En segundo lugar, vemos inequívocamente que ni el señor Julio César Arrendondo, ni la señora Luz Mary Foronda, hicieron parte dentro de la acción pública referida atrás, y esto a su vez se traduce en el hecho de no haber agotado oportunamente los mecanismos que tuvieron a su alcance, como sí lo hizo la señora Duque Pineda. Adicionalmente, desvirtúa a todas luces el principio de inmediatez que rige este tipo de acción, cuya característica es la urgencia, la inminencia, la impostergabilidad, regla que aplica para ambos ciudadanos, pero de manera especial en lo que tiene que ver con el señor Julio César Arredondo, quien alega en esta ocasión hechos que datan del mes de septiembre del año 2015, cinco años ya, en los cuales no se avizora que haya desplegado acción alguna para defender sus intereses personales, cuando bien pudo acudir a una acción de reparación directa[[1]](#footnote-1).

Ahora, no es que se pretenda hacer eco de lo afirmado por el Municipio de La Virginia, pero es que algo que salta a la vista en esta ocasión es el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que este expedito mecanismo no funge como un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

De igual manera, como ya se anunció, la regla de la inmediatez o aplicación de la razonabilidad en el tiempo que se usó para impetrar este mecanismo también está descartada.

Sobre el particular, debe decirse que aun cuando el Decreto 2591 de 1991 señala que el mecanismo constitucional puede ser interpuesto en cualquier tiempo, la jurisprudencia ha precisado que cuando éste no se presenta de manera concomitante con la vulneración o amenaza de los mismos, sí debe ser interpuesta en un tiempo razonable desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión:

“*… el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un instrumento normativo de trámite sumario y hacerlo con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años”.[[2]](#footnote-2)*

Retomando el tema de la protección de los derechos colectivos, es viable citar también a lo que nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado, Vrg. en la Sentencia C-215 de 1999:

*“Al igual que ocurre con muchos de los derechos subjetivos, individuales -aún los de rango constitucional- el desconocimiento y olvido de que han sido objeto los derechos colectivos, los cuales afectan bienes esenciales del ser humano como la vida, salud, integridad, tranquilidad, entre otros, puso de manifiesto la necesidad de darle la relevancia que exige la protección y defensa de bienes tan valiosos no sólo para los miembros de la comunidad individualmente considerados, sino para la existencia y desarrollo de la colectividad misma.*

***Es así como, dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a canon constitucional, acciones que de tiempo atrás existían en el sistema jurídico colombiano como medios de defensa de derechos e intereses colectivos: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero, C.P.).*** *Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador. […]*

*La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos.* ***Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad.”***

Asimismo, esa Honorable Corporación ha sostenido en sus pronunciamientos lo siguiente:

*“… la Corte precisó la incidencia en el juicio de procedencia de la acción de tutela para el amparo de derechos colectivos cuando su violación implicara al mismo tiempo la afectación de derechos fundamentales. En esa dirección sostuvo que la acción de tutela podría interponerse únicamente cuando, (i) se verifica que con la acción popular no ha sido posible la protección solicitada o (ii) se cumplen los requisitos para concederla como medio transitorio de protección. Destacó además este Tribunal que “la acción popular se convertirá en el mecanismo idóneo para lograr no sólo el restablecimiento del derecho colectivo, sino los individuales que pueden resultar lesionados, como miembros de la comunidad afectada”, es decir, que* ***mediante la acción popular pueden protegerse –como ya se ha señalado– no solo derechos colectivos, sino también aquellos fundamentales que resulten lesionados a causa de la afectación de los primeros.***

*184. La referida sentencia de unificación fue enfática en sostener que, además de los cuatro criterios materiales reseñados sobre la procedencia de la acción de tutela (conexidad, legitimación por amenaza o afectación iusfundamental, prueba de la amenaza o afectación y efectos de la orden judicial), “es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario”. (…)*

*Asimismo, este Tribunal ha advertido que le corresponde evaluar la naturaleza del debate probatorio que suscita el caso. En esa dirección si la controversia es particularmente compleja, su desarrollo -atendiendo el régimen previsto en la Ley 472 de 1998- debe producirse en el marco del proceso a que da lugar la acción popular. Este criterio fue utilizado en la Sentencia T-362 de 2014, en la que la Corte examinaba la solicitud de protección de los derechos fundamentales al agua potable, salud y a la vivienda digna, debido a que el uso de explosivos en la extracción de material en el desarrollo de actividades mineras, perjudicaban –según indicaban los accionantes– las viviendas ubicadas en sus alrededores. La Corte consideró la complejidad probatoria para declarar la improcedencia advirtiendo que en la acción popular era posible emprender ese análisis haciendo posible enfrentar las diferentes dudas técnicas sobre la afectación a derechos e intereses colectivos.”*

Finalmente, recordemos que de igual manera, el Órgano de cierre en materia Constitucional ha precisado que:

*“… la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto* ***no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria****.”*

Acorde con las razones hasta ahora expuestas, emerge con meridiana claridad que en el caso que concita la atención de la Sala no se supera el test de procedibilidad del amparo solicitado, lo que denota la necesidad de revocar la sentencia evaluada, para en su lugar hacer una declaratoria en tal sentido.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, para en su lugar **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** dela acción de tutela interpuesta por **MARÍA FABIOLA DUQUE PINEDA, JULIO CÉSAR ARREDONDO** y **LUZ MARY FORONDA SÁNCHEZ**, en contra del **MUNICIPIO DE LA VIRGINIA.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ**

Magistrada

1. Artículo 90 Superior: **“**El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas…”.

   Artículo 140. Ley 1437 de 2011: **“**En los términos del artículo [90](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#90) de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

   De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

   Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

   En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.” [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T- 730 de 2003 [↑](#footnote-ref-2)