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.

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : María Consuelo Morales López

Accionado (s) : Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira y otro

Vinculado (s) : Julio César Salinas Bermúdez

Radicación : 66001-22-13-000-2022-00019-00

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 49 de 08-02-2022

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / INEXISTENCIA FÁCTICA / NO SE OMITIÓ RESOLVER LA EXCEPCIÓN MENCIONADA / REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE PROCEDENCIA / DEFECTO PROCEDIMENTAL / NO LO HUBO.**

La CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.” (…)

Desde la sentencia C-543 de 1992… inicia la línea jurisprudencial en torno a la tutela contra providencias judiciales, que ha evolucionado hasta una re-definición dogmática entre 2003 y 2005, básicamente sustituyó la expresión “vías de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad” y ensanchó las causales especiales…

… como 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…

La CC ha establecido que este defecto -procedimental- 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 (…)”.

… preciso reseñar que es falso que el juez encausado omitiera resolver la excepción de inexistencia de simulación propuesta por la parte pasiva.

El acontecer fáctico da cuenta que, en la sentencia de segunda instancia, específicamente en el acápite indicios, se pronunció sobre el medio exceptivo…

… se aprecia que fracasa la censura imputada al juzgador de segundo grado, habida cuenta de que la imposibilidad defensiva alegada no es tal y el operador judicial de la alzada estaba habilitado para examinar la súplica subsidiaria, luego de desecharse la principal.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

## ST1-0023-2021

***Ocho (8) de febrero de dos mil veintidós (2022).***

1. **El asunto por decidir**

La acción constitucional referenciada, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin advertir nulidades.

1. **La síntesis fáctica relevante**

Expresó la actora que actúa como parte pasiva en el proceso radicado al No.2018-00310-00 y su contraparte formuló como pretensiones, la principal de nulidad absoluta de escritura pública y la subsidiaria de simulación absoluta del contrato de la litis.

La primera instancia culminó con sentencia estimatoria del 23-11-2020 que decretó la nulidad del instrumento público; y su mandatario recurrió en apelación porque se centró el análisis en los artículos 1495, 1849 y 1502, CC, en lugar de verificar la trasgresión del 99, D.960/1970. Seguidamente, sobrevino el fallo de segunda instancia, resolvió la alzada y revocó la decisión rebatida; sin embargo, pese a que no fue motivo de reparos, analizó la pretensión subsidiaria de simulación absoluta y la declaró, sin pronunciarse respecto a la excepción formulada en la contestación.

Asegura que el revisor de segundo grado se extralimitó porque decidió un problema jurídico que no fue objeto de estudio en la providencia recurrida, privándola de ejercitar su derecho de contradicción. Imposible oponerse al argumento de primera sede, sobre la simulación, en razón a que omitió resolver la mentada excepción (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

El debido proceso, la no reforma en perjuicio y la defensa. Pidió ordenar al juez del circuito **(i)** Revocar el numeral 2º del fallo dictado el 22-11-2012; y, en consecuencia, ordenar al juez municipal; **(ii)** Emitir sentencia que decida sobre la excepción opuesta a la pretensión subsidiaria de simulación absoluta (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **La síntesis de la crónica procesal**

El 25-01-2022 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf No.06). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Cuaderno No.1, pdf Nos.09, 11 y 14). Contestó el Juez 2º Civil del Circuito local (Ibidem, pdf Nos.13).

El funcionario relató las actuaciones judiciales y se opuso a las pretensiones. Arguyó: **(i)** Las actuaciones se ajustaron al procedimiento, pues, luego de advertir impróspera la pretensión principal, era su obligación resolver la subsidiaria, según los artículos 282 y 328, CGP; **(ii)** Tampoco trasgredió el principio de no reforma en perjuicio porque en su decisión redujo las costas de la primera, negó el reconocimiento de perjuicios morales y se abstuvo de condenar en costas; y, **(iii)** Menos vulneró el acceso a la justicia debido a que siguió plenamente las directrices de la codificación adjetiva (Ibidem, pdf No.13).

1. **La fundamentación jurídica para decidir**
   1. La competencia funcional. Se tiene en esta Sala, en razón a ser la superiora jerárquica del Juzgado accionado (Art.2.2.3.1.2.1.-5º, D.1069/2015, modificado por el 1º, D.1983/2017).
   2. El problema jurídico a resolver*.* ¿El encausado, ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales alegados por el accionante, en el trámite de la ejecución, según el escrito de tutela?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa porque la actora actúa como demanda en el proceso reprochado. Y, por pasiva, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira porque profirió la sentencia de segunda instancia reprochada (Ibidem, pdf No.16, enlace expediente digitalizado).

5.3.2. La inexistencia de acción u omisión. La CC[[1]](#footnote-1) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*…

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[2]](#footnote-2) (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*[[3]](#footnote-3). En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente.

5.3.3. Las subreglas de procedibilidad para 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[[4]](#footnote-4), 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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[7]](#footnote-7) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial[[8]](#footnote-8) 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[[9]](#footnote-9).

De otra parte, como 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 las obras de Catalina Botero M.[[10]](#footnote-10) y Quinche Ramírez[[11]](#footnote-11).

* 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 (Arts.29 y 228, CP), puesto que conlleva el 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[[12]](#footnote-12).

La CC[[13]](#footnote-13) 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 (…)”*. En concreto existen dos clases de defecto procedimental[[14]](#footnote-14): **(i)** El absoluto; y, **(ii)** Aquel que se configura por exceso ritual manifiesto[[15]](#footnote-15).

En tratándose del defecto procedimental absoluto, se tiene que ocurre cuando el juez desconoce completamente el procedimiento y termina produciendo una decisión arbitraria que vulnera los derechos fundamentales, en palabras de la CC[[16]](#footnote-16): “*(…) 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*” Sublínea de esta Sala.

1. **El caso concreto que se analiza**
   1. La inexistencia de hechos. Previo a continuar con el análisis de fondo, preciso reseñar que es falso que el juez encausado omitiera resolver la excepción de inexistencia de simulación propuesta por la parte pasiva.

El acontecer fáctico da cuenta que, en la sentencia de segunda instancia, específicamente en el acápite indicios, se pronunció sobre el medio exceptivo. En síntesis, halló probado que se simuló la compraventa porque, en síntesis: **(i)** Tenía como finalidad conservar el bien en su patrimonio, evitando que la propiedad se afectara por las vicisitudes de la separación de los cónyuges y deudas del demandante; y, **(ii)** La compradora no acreditó la capacidad económica y la forma en que pagó, entre otros motivos (Ib., pdf No.16, enlace expediente digitalizado, carpeta No.2, pdf.10), argumentos claros para dar por sentado que sí resolvió plenamente la excepción.

Sin duda, entonces, la accionante endilga una omisión inexistente, suficiente para dar al traste con el amparo, en lo referente a supuesta falta de resolución. *Diverso es que no comparta la tesis del funcionario, empero, pretirió ventilar la queja en el libelo.*

Razona la CSJ[[17]](#footnote-17) en reciente decisión: *“(…) no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental, pues se requiere que se demuestre que los derechos fundamentales que se pretenden proteger han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley (…)”*. La inexistencia: *“(…) cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada (…) carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda (…)”*. En consecuencia, se declarará improcedente el amparo en lo atañedero a la omisión enrostrada.

* 1. El defecto procedimental. Están cumplidos los presupuestos generales de procedibilidad, respecto a la supuesta extralimitación y trasgresión del derecho de defensa por parte del encausado. El asunto es de relevancia constitucional porque se invocan el debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia; son inexistentes medios ordinarios adicionales a la apelación de la sentencia para agotar; no se cuestiona un fallo de tutela; hay inmediatez, porque la decisión que desató la alzada data del 22-11-2021 (Ib, pdf No.16, enlace expediente digitalizado, carpeta No.02, pdf No.10) y el amparo del 25-01-2022 (Ib., pdf No.04); la irregularidad alegada resulta ser trascendente para el desarrollo de la litis; e, identificó el hecho trasgresor o amenazante.

Incumbe proseguir con la revisión de las causales especiales y en el caso concreto se concreta en el defecto procedimental, pues, se arguye que la autoridad accionada contravino los artículos 31, CP y 320 y 328, CGP, al impedir ejercer su derecho de defensa.

De entrada, se aprecia que fracasa la censura imputada al juzgador de segundo grado, habida cuenta de que la imposibilidad defensiva alegada no es tal y el operador judicial de la alzada estaba habilitado para examinar la súplica subsidiaria, luego de desecharse la principal.

En efecto, indiscutido que la demanda planteó pedimentos principales y subsidiarios, que incluso la parte demandada en ejercicio de su defensa presentó excepciones de mérito; así pues, el cuadro de la instancia quedó configurado en esos términos. Que la apelación se centrara en atacar solo el éxito de las principales, en manera alguna legitima la situación, pues visto está que la esencia de elevar peticiones rotuladas como principales unas y suplementarias otras, es revisar primero aquellas y luego estas; así entonces, era previsible desde la técnica procesal que, ante el fracaso de las principales, el juez se avocara al análisis de las plasmadas como sustitutorias. Por ende, la gestión impugnaticia implicaba edificar un ataque comprensivo de esas hipótesis absolutamente probables.

Explica de antaño, la doctrina procesalista nacional del maestro Morales Molina[[18]](#footnote-18), que: “*Acumulación eventual o subsidiaria. Tiene lugar cuando una pretensión se propone, para el caso de que otra sea desestimada. La relación de principal a subsidiaria corresponde a una gradación de los intereses del demandante (…)*” y luego concluye: “*por lo cual el orden en que se colocan es obligatorio para el juez, quien sin violar la congruencia no puede resolver la subsidiaria antes de la principal. (…)*”.

Ahora, que al sentenciar la causa el triunfo de las pretensiones principales, relevara del estudio de las secundarias, es apenas lógico; comenta el maestro López Blanco[[19]](#footnote-19): “*Otra posibilidad de acumulación es la ya advertida de pretensiones principales y subsidarias (…) mientras que en la modalidad que se explica es necesario, denegada la primera, ocuparse de la subsidiaria, pero si la principal es acogida no es necesario seguir con el análisis de la pretensión en subsidio*”.

En segunda instancia es razonable y jurídicamente válido que, al revocar la decisión de primera, corresponde estudiar las que se postularon como suplementarias, porque esa es la naturaleza de estas peticiones, como se ha anotado ya.

Y, la pretensión impugnaticia o restrictiva[[20]](#footnote-20), novedad de la nueva regulación procedimental, no configura una limitación a las potestades en sede de alzada, puesto que expresamente estipula la regla del artículo 328, CGP, que debe pronunciarse sobre los aspectos de oficio que le señala la ley como es el caso de la acumulación de pretensiones (Art.89, CGP), entre muchos eventos: los revisables de oficio como asuntos de familia y agrarios (Art. 281, parágrafos 1º y 2º, ibidem), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, ibidem), los presupuestos procesales[[21]](#footnote-21) y sustanciales[[22]](#footnote-22), las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas[[23]](#footnote-23) y las costas procesales[[24]](#footnote-24), entre otros. Por último, debe considerarse que es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP). Criterio que es precedente horizontal de esta Sala, de tiempo atrás[[25]](#footnote-25).

Al contrario, preterir la resolución de una pretensión subsidiaria cuando ha sido frustrada la principal, estructura una transgresión del postulado de la congruencia procesal, prescrita por el Estatuto Adjetivo Civil, así predica la literatura especializada, entre otros el profesor Parra Benítez[[26]](#footnote-26), con prohijamiento de la doctrina de la CSJ[[27]](#footnote-27) que, aunque antigua, tiene vigencia también para el CGP.

Corolario de lo discernido, se denegará el resguardo constitucional invocado porque en opinión de esta Sala, el veredicto de apelación no resultó antojadizo ni arbitrario, al contrario, atendió la regulación positiva para el caso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. DECLARAR improcedente la tutela propuesta por doña María Consuelo Morales López contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, respecto a la supuesta falta de resolución de la excepción denominada inexistencia de simulación, por ausencia fáctica; y, NEGAR el amparo en lo que atañe a la extralimitación y trasgresión del derecho de defensa endilgados, por falta de trasgresión o amenaza de los derechos invocados.
2. LEVANTAR la medida provisional decretada con auto del 25-01-2022.
3. REMITIR el asunto, a la CC para su eventual revisión y ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. STC7008-2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-4)
5. QUIROGA N., Édgar A. Tutela contra decisiones judiciales, Universidad Santo Tomás y editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.83. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-019 de 2020, SU-037 de 2019, SU-056 de 2018, [SU-336 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU336-17.htm), [SU-354 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm), T-137 de 2017 y SU-222 de 2016, entre muchas. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-024 de 2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-034 de 2017. [↑](#footnote-ref-13)
14. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales. 8ª edición, editorial Temis SA, Bogotá, 2013, p.128. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. SU-050 de 2017, T-233 de 2017, T-235 de 2017, T-002 de 2018, SU050-2018 y T-154 de 2019. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-1180 de 2001, también las SU-159 de 2002, T-327 de 2011 y T-352 de 2012. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-17)
18. MORALES M., Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte general, 10ª edición, reimpresión 2015, Bogotá DC, Temis, 2015, p.397. [↑](#footnote-ref-18)
19. LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.515. [↑](#footnote-ref-19)
20. FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S**.; (**ii)06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398. [↑](#footnote-ref-23)
24. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 10ª edición, Dupré Editores, 2016, p.1055. [↑](#footnote-ref-24)
25. TS, Civil-Familia. Sentencias del **(i)** SC-0079-2021; **(ii)** 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01; y, **(iii)** 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas. [↑](#footnote-ref-25)
26. PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.249. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ, Civil. Sentencia del 19-10-1994; expediente No.3972. [↑](#footnote-ref-27)