**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**Magistrado ponente**

**STC5695-2017**

**Radicación n. 68001-22-13-000-2017-00157-01**

(Aprobado en sesión de veintiséis de abril de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala la impugnación interpuesta contra el fallo proferido el nueve de marzo de dos mil diecisiete por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la acción de tutela promovida por Eider Francisco Osorio Rincón contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja y la Inspección de Policía Rural de Simacota (Santander); trámite al que se ordenó vincular al Personero de esa localidad, al Comandante del Distrito de Policía del Socorro y a las partes e intervinientes en el proceso de resolución de contrato donde se origina la queja.

**I. ANTECEDENTES**

**A. La pretensión**

En el libelo introductorio de la presente acción, el ciudadano solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y vivienda digna que considera vulnerados por las autoridades accionadas, ya que en el trámite de un proceso de resolución de contrato de promesa de compraventa, adelantado contra Francisco Antonio Osorio Ovalle, se materializó la entrega del inmueble en el que ejercía actos de posesión, sin resolver la oposición que con fundamento en ello formuló oportunamente.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad de la diligencia de desalojo adelantada el pasado 14 de febrero de 2017. [Folios 1-8, c.1]

**B. Los hechos**

1. El 15 de diciembre de 2011, Alfonso Domingo, Oscar, Escilda, Juan Bautista, Segundo Ricardo, Jorge Luis, Deyci y Pedro Pablo Aldana Novoa, demandaron la resolución del contrato de promesa de compraventa suscrito entre ellos y Francisco Antonio Osorio Ovalle, cuyo objeto era el predio con matrícula inmobiliaria No. 321-12477, ubicado en la Vereda Aguas Blancas del municipio de Simacota (Santander) de propiedad de Pedro Alfonso Aldana Novoa, padre fallecido de los promitentes vendedores.

2. El conocimiento del asunto correspondió, al Juzgado 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, que lo admitió mediante proveído de 15 de febrero de 2012.

3. Notificado el extremo pasivo, se opuso a las pretensiones y deprecó las excepciones de mérito denominadas «*capacidad para presentar la acción, indebida formulación jurídica de la acción y prescripción de la acción.*».

4. En auto de 13 de julio de 2012, se declaró próspera la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y se dispuso citar al trámite a los herederos indeterminados del propietario del inmueble.

5. El 11 de abril de 2013 se dio apertura al periodo probatorio que finiquitó el 1 de abril de 2014, fecha en que se dispuso el traslado a las partes para alegar.

6. El 17 de noviembre de 2015, el Juzgado de conocimiento dictó sentencia a través de la cual declaró probada la excepción de *“falta de legitimación por activa”*, tras concluir que para la prosperidad de la acción resolutoria es necesario acreditar que el extremo actor observó fielmente las obligaciones contraídas, mientras que el demandado se sustrajo al cumplimiento de sus compromisos, pero en este asunto se probó que la parte actora no inició el juicio de sucesión ni liberó el bien de hipotecas y embargos.

7. Inconforme el extremo actor, recurrió aquella providencia.

8. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en fallo de 27 de septiembre de 2016, revocó la decisión impugnada y en su lugar, declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato objeto del litigio, por carecer de uno de los elementos para su validez, esto es, el plazo o condición que debía cumplirse para la celebración del contrato definitivo. En consecuencia dispuso efectuar las restituciones mutuas, entre ellas, la devolución del inmueble a los demandantes y el pago de frutos a su favor, así como el reconocimiento de las mejoras del predio al demandado.

9. Mediante Despacho Comisorio No. 040, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, ordenó al Inspector de Policía Rural de Simacota, efectuar la diligencia de entrega.

10. El 5 de diciembre de 2016, la autoridad administrativa mencionada, fijó como fecha para el efecto, el 15 del mismo mes y año.

11. Llegada esa fecha, fue necesario suspender el acto procesal, dado que el demandado solicitó la presencia del Personero Municipal y el representante del Ministerio Público, autoridades que no fueron citadas.

12. El 16 de enero de 2017, se señaló el 23 siguiente para llevar a cabo la entrega, día en que por razones de orden público, amenaza de asonada por parte de la comunidad, se suspendió nuevamente.

13. El 7 de febrero siguiente, se programó el desalojo para el 14 posterior, fecha en la cual el tutelante, a través de apoderada judicial, manifestó su oposición, tras alegar derechos de posesión sobre el inmueble, soportado en que viene ejerciendo sobre el mismo actos de señor y dueño, como la siembra de pastos, cercamiento del predio, explotación ganadera en aumento y cría de diferentes especies de peces, para cuya demostración presentó contratos de aumento de cabezas de ganado, pago de impuestos y algunos testimonios.

14. De acuerdo con el acta de la diligencia, la postura del opositor fue *«…negada por la suscrita* [entiéndase, por la Inspectora de Policía comisionada]*…»*

15. En el mismo acto, se hizo constar lo siguiente *«…se reiteró en varias oportunidades dar trámite a lo dispuesto en el art. 309 # 2 y 7 de C.G.P., lo cual se omitió sin que se ha[y]a dado un argumento jurídico a su negativa, violando[s]e el D. fundamental al debido proceso y la defensa contemplado en el Art. 29 C. N. (…) el personero municipal manifiesta que dicha oposición la debe realizar el Juzgado que por lo tanto se reciba y se realice la entrega del inmueble según lo comisionado…».* Luego de *“negar”* la oposición, la funcionaria comisionada, hizo entrega material del predio “Los Naranjos” a los hermanos Aldana.

16. El 21 de febrero de 2017, el Juez del conocimiento ordenó agregar al expediente el despacho comisorio.

17. El accionante acude al amparo constitucional, por considerar que la actuación de la Inspectora de Policía que presidió la diligencia de desalojo del bien que venía explotando con ánimo de señor y dueño, vulneró sus derechos como opositor a aquel acto procesal, porque desconoció el procedimiento que para resolver ese tipo de peticiones establece el Código General del Proceso. [Folios 1-8, c.1]

**C. El trámite de la primera instancia**

1. El 27 de febrero de 2017, fue admitida la acción de tutela y se ordenó correr traslado a la accionada y demás interesados, para que ejercieran su derecho a la defensa. [Folio 31, c.1]

2. El Juzgado 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, realizó una breve reseña de la actuación surtida por la autoridad policial comisionada para la entrega y concluyó que al tutelante no se le vulneró derecho fundamental alguno, en la medida en que una vez resuelto que no se daría trámite a su oposición, éste no hizo uso de los recursos legales con que contaba para controvertir aquella determinación. [Folio 44, c.1]

La Inspección de Policía de Simacota, elaboró un resumen pormenorizado de los hechos que rodearon las diligencias que fue necesario programar a efectos de materializar la orden de entrega emanada por el Juez comitente, sin hacer referencia a la oposición presentada por el accionante. De cara a la solicitud de amparo, indicó que no hay lugar a su concesión, debido a que los derechos fundamentales del actor fueron respetados íntegramente.

El Personero Municipal de Simacota, quien intervino en la diligencia como agente del Ministerio Público y aclaró que la constancia que dejó en desarrollo del procedimiento de entrega, consistió en hacer notar que *«…en defensa y garantía del artículo 29 de la Constitución Política debía recibirse la oposición presentada para que el despacho de conocimiento resolviera si este encontraba mérito para ello, pero que la orden emanada de un Juez de la República era realizar la entrega del predio Los Naranjos y que la inspectora rural de Policía no tenía ninguna competencia para resolver la oposición presentada por un tercero interviniente, que tal vez no se hizo parte de los procesos que se surtieron previamente y que dieron origen a un pronunciamiento de segunda instancia, en la que resolvió entregar el predio objeto del litigio a los herederos Aldana Novoa.»*

En virtud de lo anterior, solicitó su desvinculación de este trámite.

3.Mediante fallo de 9 de marzo de 2017, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, concedió la protección invocada, al evidenciar que la Inspección de Policía y el Juez 2º Civil del Circuito cuestionados, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso del reclamante, al incurrir, con sus decisiones de no dar curso a la oposición formulada en debida forma y agregar al expediente aquella actuación sin ningún control de legalidad, en un defecto procedimental por desconocimiento de las disposiciones de los artículos 309 y siguientes del Código General del Proceso. En consecuencia, dejó sin efecto la actuación posterior al momento en que el reclamante formuló la oposición a la diligencia de entrega, a fin de que se rehiciese, con sujeción a las normas que regulan ese trámite. [Folios 157-164, c.1]

4.Inconforme, la Inspectora de Policía accionada, impugnó la sentencia. Como fundamento de su censura, reiteró los pormenores de las diligencias adelantadas para cumplir con la comisión conferida por el Juez 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja y aseguró, en esta ocasión, que sí admitió y dio trámite a la oposición del quejoso, a quien, afirma, explicó que carecía de competencia para resolver sobre el asunto y corrió traslado al juez de la causa para que dirimiera la controversia. No obstante, elaboró un análisis detallado de los fundamentos de la oposición, para concluir que se trata de actuaciones de mala fe del tutelante, para entorpecer la justicia. [Folios 180-185, c.1]

**II. CONSIDERACIONES**

1. De manera invariable la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacar tales decisiones cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

Pero en cualquier caso su eventual concesión estará supeditada a la verificación de ciertas condiciones de procedibilidad, entre las cuales se encuentra el cumplimiento de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez.

No obstante, cuando la vulneración de los derechos fundamentales es protuberante y afecta garantías de superior valor como lo es el derecho fundamental al debido proceso, entre otros, la concesión del amparo se torna obligatoria y no puede desconocerse so pretexto de que no se cumplieron unos requisitos de naturaleza procesal.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, al señalar que a pesar de que el reclamante no haya utilizado los medios de defensa legales para impugnar las decisiones que censura por vía de tutela, excepcionalmente es posible *“proteger los derechos reclamados por la parte accionante, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal”*. (Tutela de 12 de octubre de 2012. Exp. 2012-1545-01)

En idéntico sentido se ha admitido que en atención a la esencia de la acción de tutela, *“ésta no puede verse limitada por formalismos jurídicos, porque aunque no se pone en duda que su viabilidad está supeditada a la verificación de ciertas condiciones de procedibilidad, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la mera ausencia de un requisito general de procedencia, no puede erigirse en parámetro absoluto para privar al actor del goce efectivo de sus derechos superiores, ni para prohijar su quebranto con la actitud silente del juez que conoce el reclamo dirigido a obtener su protección.”* (Sentencia de Tutela de 13 de agosto de 2013. Exp.: 2013-093-01)

2. Así ocurre en el presente caso, pues a pesar de no haberse utilizado por el accionante los mecanismos defensivos que tenía a su alcance para cuestionar las actuaciones de la Inspección de Policía accionada, tales como el recurso de reposición y la solicitud de nulidad ante el juez cognoscente (inciso 2º, artículo 40 del Código General del Proceso), es evidente que la autoridad comisionada incurrió en un defecto procedimental, al arrogarse la facultad de desestimar su oposición a la entrega, cuando de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 309 del Código General del Proceso, tal facultad está reservada al comitente.

En efecto, si bien el artículo 40 del ordenamiento en comento establece que *«…[e]l comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos…»,* es lo cierto que ello es aplicable a aquellos casos donde el legislador no ha previsto una disposición especial como es el caso de la oposición formulada en la diligencia de entrega, por un tercero contra quien no tiene efectos la sentencia y alega derechos de posesión, hipótesis en la cual quien debe dirimir el asunto es el Juez de conocimiento y no el comisionado.

Así reza la disposición procesal mencionada:

*«Art. 309.*  *Las oposiciones a la entrega se someterán a las siguientes reglas:*

*(…)*

*7. Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia.»*

Entonces, de una lectura atenta, cuidadosa y sistemática al precepto anterior, se extrae que el comisionado está en posibilidad de rechazar de plano una oposición que formule, como lo preceptúa su numeral primero, una persona contra quien tenga efectos la sentencia o un tenedor en nombre de aquella, cosa que no fue la que se presentó en este caso, donde el aquí tutelante reclamó por cuenta propia haber ejercido actos de señor y dueño del predio “Los Naranjos”, desde el año 2004 y como prueba de ello, aportó diversos documentos y testimonios para respaldar su dicho.

Como existe una norma especial para el trámite de la oposición a la diligencia de entrega, era esa y no la general y abstracta contenida en el artículo 40 del nuevo ordenamiento procesal, la destinada a aplicarse al asunto y, en esa medida, lo propio era devolver la comisión al juez para los efectos previstos en el numeral 6º del artículo 309 que señala:

*«…dentro de los cinco (5) días siguientes, podrán solicitar pruebas que se relacionen con la oposición. Vencido dicho término, el juez convocará a audiencia en la que practicará las pruebas y resolverá lo que corresponda.»*

No es cierto, como novedosamente lo asegura la Inspección de Policía accionada, en su escrito de impugnación, que esa autoridad hubiese explicado al opositor que no era competente para resolver su postura y que de la misma hubiese corrido traslado al juez del conocimiento.

Lo anterior, se deduce, en primer lugar, del acta que registra el desarrollo de la diligencia de entrega, donde se dejó consignado que la oposición del tutelante *«…es negada por la suscrita…»*, aspecto frente al cual no se volvió a reparar en el transcurso de la diligencia y, por el contrario, se dejó constancia de la materialización del objeto de la comisión, cuando, de haberse atendido a las disposiciones legales en comento, ella no habría podido culminar en esa oportunidad.

El que las manifestaciones del promotor del amparo constituyan maniobras para dilatar o entorpecer el trámite, es un asunto que correspondía determinar al Juez de la causa, no a la Inspectora de Policía, quien sobre ese tema no expuso el más mínimo argumento en la diligencia, ni, mucho menos, al Juez de tutela.

A más de lo anterior, no entiende la Sala porqué si la funcionaria de policía obró en la forma prevista en el ordenamiento procesal, como vehementemente lo asevera en su escrito de impugnación, sólo pone de presente esas afirmaciones en este momento y no lo hizo al contestar la demanda, aspecto en el que coincidió el Juez 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, quien limitó su intervención a explicar que frente a la decisión de la comisionada, el actor constitucional no interpuso recurso alguno, es decir, que, como es evidente, no recibió para decidir la oposición supuestamente remitida por la accionada.

Entonces, como de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 40 del Código General del Proceso *«…[t]oda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula…»,* para la Sala es clara la viabilidad de acceder al resguardo pretendido, pero no para que la Inspección de Policía accionada resuelva la oposición del actor, sino para que dejar sin valor ni efecto su actuación posterior a la presentación de la oposición, para que el Juez 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, quien también deberá invalidar sus decisiones afectadas con la orden de amparo, de cumplimiento a lo establecido en los numerales 6º y 7º del artículo 309 del Código General del Proceso.

En consecuencia, se modificará la sentencia dictada por el A quo constitucional, en el sentido de disponer, por economía procesal y celeridad, que como el juez cognoscente ya tiene en su poder el despacho comisorio devuelto por la Inspección de Policía, proceda a otorgar a la parte demandante y al opositor, el término de que trata el numeral 6º del artículo 309 procedimental y, vencido éste, lleve a cabo la audiencia correspondiente.

En caso de prosperar, deberán adoptarse las medidas necesarias para restituir el predio al opositor, en un término no mayor a cinco (5) días, contados desde la fecha del despacho comisorio respectivo.

**III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **MODIFICA** la sentencia impugnada, en el sentido de **ORDENAR** al Juzgado 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a otorgar a la parte demandante y al opositor, el término de que trata el numeral 6º del artículo 309 procedimental y, vencido éste, lleve a cabo la audiencia correspondiente. En caso de prosperar, deberán adoptarse las medidas necesarias para restituir el predio al opositor, en un término no mayor a cinco (5) días, contado desde la fecha del despacho comisorio respectivo.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

Presidente de Sala

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**