

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**DISTRITO JUDICIAL DE CALI
JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
RAD: 760013103-019-2016-00049-00**

SENTENCIA No: T- 094
RADICACION: 760013103-019-2016-00049-00
ACCIONANTE: LUZ DARI BENAVIDES MOSQUERA
ACCIONADO: JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU
MUNICIPAL DE JAMUNDÍ

Santiago de Cali, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a decidir la acción de tutela incoada por **LUZ DARI BENAVIDES MOSQUERA** a través de apoderado judicial, contra EL **JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE JAMUNDÍ**, invocando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la vivienda digna.

ANTECEDENTES

En síntesis manifiesta la accionante a través de apoderado judicial que interpone la presente acción para que se proteja su derecho fundamental al debido proceso y el derecho a una vivienda digna, afirmando al respecto que se ha desconocido el precedente judicial de la H. Corte Suprema de Justicia y que siendo excesivamente formalista, en forma arbitraria y caprichosa viola la Constitución junto con el Código General del Proceso al no aceptar la solicitud extraordinaria de terminación del proceso hipotecario por falta del requisito de REESTRUCTURACIÓN de conformidad a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley 546 de 1999, elevada por el

apoderado judicial de la parte actora en el proceso con radicación 2011 – 496 cursado en el Juzgado accionado.

De otra parte, afirma que el Banco Davivienda carece de legitimidad por activa para adelantar dicho proceso ejecutivo, por no ser el cesionario legítimo del pagaré No. 550-2-13620-4, y por tanto el referido proceso se encuentra viciado de nulidad desde el comienzo, pero no obstante lo anterior, dicha instancia judicial declaró no probada la excepción de ilegitimidad en la causa por activa del Banco Davivienda y desecho la excepción de pago total de la obligación desconociendo la prueba pericial aportada por la parte demandada.

Por lo relatado, solicita se ordene al Juzgado accionado que en el término de 48 horas contadas a partir del recibo de la notificación del fallo favorable, proceda a decretar la ilegalidad del auto interlocutorio No. 329 de marzo 8 de 2016, mediante el cual se niega la solicitud de terminación extraordinaria del proceso por falta del requisito de reestructuración del crédito, así como la ilegalidad del auto que resuelve negativamente el recurso de reposición y niega la apelación interpuesta subsidiariamente, para que en su lugar se proceda a decretar la terminación del proceso por falta de reestructuración del crédito que constituye requisito de exigibilidad del título ejecutivo.

COMPETENCIA Y TRÁMITE PROCESAL

Correspondió al Despacho conocer de la presente acción en virtud de la competencia dispuesta en los artículos 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo indicado en los Decretos 1382 de 2000 y 1069 de 2015.

Obedeciendo lo dispuesto por el H. Tribunal Sala Civil quien decretó la nulidad de todo lo actuado en la presente acción mediante auto del 29 de noviembre del año en curso notificado el 30 del mismo mes y año, la acción de tutela fue admitida nuevamente efectuando la vinculación del señor Martin Emilio Parra mediante auto interlocutorio fechado el 1 de diciembre de 2016, providencia en la que además se ordenó notificar al juzgado accionado, y vincular a todos los

intervinientes en el proceso ejecutivo hipotecario con radicación No. 2011 – 496, así como también se solicitó que dicha instancia judicial enviara a este Despacho el proceso, al igual que adelantara las notificaciones referidas otorgándoles 2 días para rendir informes respecto de los hechos motivo de la tutela y previniéndolas que el incumplimiento injustificado del envío de los mismos, daría lugar a que los hechos manifestados por la accionante se tengan por ciertos.

El día 06 de diciembre de 2016 la entidad DAVIVIENDA S.A., se sirvió dar contestación a la presente tutela, manifestando al respecto que solicita desestimar la presente acción por improcedente, en tanto en el histórico de clientes del banco se registra a la tutelante con una obligación vigente y en mora, debido a lo cual se inició el proceso ejecutivo hipotecario ya mencionado. Luego de sintetizar las etapas del proceso, afirma que no le es aplicable la teoría de la terminación por falta de reestructuración ya que no se cumplen los supuestos traídos por la ley 546 de 1999, en el entendido que el crédito no estaba siendo ejecutado cuando la norma entró en vigencia y que la accionante no hizo uso de los mecanismos ordinarios de defensa, puesto que no se propusieron excepciones. Acota que las pretensiones no se pueden tramitar vía constitucional puesto que versan sobre asuntos que ya fueron decididos motivadamente en el proceso ejecutivo y pretender abrir debates jurídicos que ya son cosa juzgada por el hecho de tener una providencia desfavorable a sus intereses. Por último señala que el proceder tanto del Banco como del Juzgado, han sido ajustados a la normatividad aplicable al caso y por ende no hay causal para invocar la protección constitucional por lo que solicita denegar la presente acción, desvincular al banco y proceder con su archivo.

En ese orden de ideas, el mismo 06 de diciembre de 2016, el JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE JAMUNDÍ contestó la presente acción en la que luego de hacer un relato de todo lo acontecido en el proceso, manifestó que no hay lugar a la procedencia de la acción, como quiera que el apoderado judicial de la parte actora pretende revivir etapas ya fenecidas dentro del proceso sin haber utilizado dentro del mismo los recursos ordinarios ofrecidos para manifestar sus divergencias, de igual forma afirma que dicha instancia judicial ha actuado conforme a derecho. Remitió junto con la contestación, el expediente solicitado y las

constancias de notificaciones a las partes, con excepción de la del señor Martín Emilio Parra afirmando desconocer su paradero.

En aras de salvaguardar el debido proceso del vinculado señor Parra, esta instancia remitió comunicación poniendo en conocimiento la admisión de la presente tutela a la dirección obrante en el proceso 2011 – 496 y también se notificó a través del portal web de la rama judicial, sin que el vinculado efectuara pronunciamiento alguno al respecto.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Para todas las personas debe existir un recurso efectivo a través del cual se amparen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley (Art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 2º y 8º Convención Americana de los Derechos Humanos).

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, fue concebida como un mecanismo de defensa y protección de los derechos fundamentales de toda persona, que permitir acudir ante los Jueces para solicitar protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar, si existe un desconocimiento de precedente judicial frente a la inobservancia de la reestructuración como requisito de procedibilidad de la acción enmarcado por el art. 42 de la ley 546 de 1999, o si la decisión adoptada por el Juzgado accionado corresponde a una admisible interpretación de la norma precitada sin que haya lugar

a erigir en defecto sustantivo que permita el amparo contra providencia judicial por vulneración al debido proceso.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia constitucional tiene claramente asentado al amparo del artículo 29 de la Constitución Política, que es deber de los jueces garantizar la legalidad de los procesos observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Antes de dirigirse al estudio del caso, es pertinente memorar que la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, al punto que se han identificado causales de procedibilidad general, que deben ser plenamente cumplidas y habilitan la interposición¹, y de carácter especial que aluden a tipologías en las que específicamente procede el amparo².

Entre los requisitos generales de procedencia se encuentra el de haber agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Respecto del agotamiento de los medios ordinarios de defensa ha dicho la Corte Constitucional³:

"Específicamente, respecto de la obligación de agotar todos los medios de defensa judicial pertinentes, este Tribunal explicó en la sentencia aludida: "De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa

¹ "(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios –ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez (es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si –de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela" (Sentencia T- 488 de 2014 C. Constitucional.)

² a. Defecto orgánico; b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; c. Defecto fáctico; d. Defecto material o sustantivo; e. Error inducido; f. Decisión sin motivación; g. Desconocimiento del precedente; h. Violación directa de la Constitución. Op. Cit.

³ Sentencia T-764/07, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sobre el mismo tema, se puede ver en sentencia T-350 de Abril 17 de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última". Y más adelante, en el mismo derrotero, precisó: "Adicionalmente, este mecanismo sólo puede operar cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y siempre que la persona hubiere acudido a ellos de manera diligente. En este sentido, la acción de tutela no suplanta ni reemplaza a los mecanismos ordinarios ni puede servir para remediar la negligencia de alguna de las partes procesales. Se trata, simplemente, de una revisión extraordinaria y excepcional de la constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión. Si las acciones y recursos judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos".

A partir de estas causales, resulta necesario tener presente que la acción de tutela no puede ser empleada como una instancia procesal adicional, complementaria o paralela los procedimientos jurisdiccionales legalmente establecidos, para su operancia no sólo se requiere que el juez haya incurrido en errores de apreciación normativa o fáctica, sino que se le hayan hecho conocer oportunamente a través de los medios procedimentales legítimos, y no los haya subsanado, siendo imprescindible que el yerro supere los parámetros de legalidad comprometiendo derechos superiores.

Debe resaltarse que la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con franca y constante determinación ha defendido la autonomía de los funcionarios judiciales, dejando asentado en muchas de las providencias en las que se enrostra pretermisión al debido proceso, que aún si el juez de tutela no comparte la decisión cuestionada, si no se muestra caprichosa, en abierto desconocimiento del ordenamiento o carente de sustento, la tutela no se abre paso como arbitrio alterno. En esta temática, ha consignado⁴:

"En suma: como lo ha señalado la Corte "...independientemente de que se comparta o no la hermenéutica del juzgador ello no descalifica su decisión ni la convierte en caprichosa y con entidad suficiente de configurar vía de hecho, pues para llegar a este estado se requiere que la determinación judicial sea el resultado de una actuación subjetiva y arbitraria del accionado, contraria

⁴ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de Octubre de 2012. Exp. 1100102030002012-02382-00. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, entre muchas otras.

a la normatividad jurídica aplicable y violatoria de los derechos fundamentales, circunstancias que no concurren en el asunto bajo análisis" (...)

Lo anterior para relieves que, con abstracción de cuál sea el criterio, a la Corte no le corresponde oficiar de árbitro para dirimir una disparidad que suele ser propia de la función judicial, por estar investida la misma de independencia y autonomía para interpretar y aplicar las normas."

Por ende el Juez constitucional so pretexto de proteger el debido proceso, no puede usurpar las competencias propias de los jueces ordinarios, su ámbito de ejercicio está restringido al estudio de las providencias estrictamente desde la perspectiva de la vulneración de derechos fundamentales.

En sentencia STC15487-2015 del 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia evocando pronunciamientos de la Corte Constitucional, al estudiar un caso análogo y frente a los requisitos específicos para la procedencia de amparo constitucional en los procesos ejecutivos por créditos de vivienda, enmarcó:

2. Al margen de lo expuesto, cuando se trata de procesos ejecutivos por créditos de vivienda, esta Corte, siguiendo las subreglas constitucionales, ha sostenido como presupuestos específicos para acceder al resguardo: i) que la acción haya sido interpuesta oportunamente, esto es, antes del registro del auto aprobatorio del remate o de adjudicación del inmueble hipotecado; ii) haber actuado el actor con una mínima diligencia dentro del compulsivo censurado, ejerciendo los mecanismos de defensa procedentes; y iii) que directa o indirectamente se afecte el derecho a la vivienda digna, establecido en el artículo 51 Superior y gobernado por la Ley 546 de 1999⁵. Subraya el despacho.

En torno a lo discurrido, en la sentencia SU-813 de 2007, la Corte Constitucional razonó:

"(...) [L]os jueces que estén conociendo de acciones de tutela relativas a la terminación de procesos ejecutivos que se refieran a créditos de viviendas iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, deberán seguir, entre otros, el precedente sentado en la presente sentencia de unificación. Por lo tanto, a) deberán conceder la acción de tutela cuando i) este haya sido interpuesta de manera oportuna antes de que se haya registrado el auto aprobatorio del remate o de adjudicación del inmueble y ii) cuando el demandante en dicho proceso ejecutivo haya actuado con una diligencia mínima dentro del mismo (...)"⁶.

En un reciente pronunciamiento, esa colegiatura indicó además:

"(...) [E]n tratándose de procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes de 1999, esta Corporación ha especificado que el principio de inmediatez se cumple –para efectos de proteger a terceros adquirentes de buena fe– si la acción de tutela ha sido instaurada antes de que el bien rematado en pública subasta sea registrado (...)"⁷.

⁵ CSJ STC, 10 de julio de 2014, Rad. 2014-00174-01; 17 de julio de 2014, Rad. 00919-01; 25 de agosto de 2014, Rad. 00139-01; 27 de marzo de 2015, Rad. 00060-01; y 7 de abril de 2015, Rad. 00601-00.

⁶ Sentencia SU-813 de 2007, reiterada en Sentencia T-1240-08.

⁷ Sentencia T-881-2013.

Ahora, como el litigio coercitivo no finaliza con la ejecutoria de la sentencia, el cotejo de la oportunidad temporal en la interposición de la tutela se comprende a partir de las actuaciones subsiguientes a aquella hasta la almoneda, mientras ello ocurre, como ha advertido la jurisprudencia⁸, el accionante debe agotar los medios procesales a fin de evitar la posible vulneración de sus prerrogativas fundamentales.

En cuanto a doctrina constitucional respecto al alcance del artículo 42 de la ley 546 de 1999, concretamente a la reestructuración, nuestro órgano constitucional de cierre, en Sentencia SU 787 de 2012, manifestó:

"En ausencia de un acuerdo de voluntades, ello supone que la ley, o en su defecto, la jurisprudencia, deben fijar las condiciones en las que esa reestructuración resultaría imperativa.

Para ese efecto era preciso fijar unos criterios, derivados de la Constitución y de la naturaleza de las cosas, el primero de los cuales sería el de que la reestructuración tiene como propósito restituir al deudor en su capacidad de pago, al menos en relación con el momento en el que inició la mora.

De este modo, una primera posibilidad, sería reconstituir las condiciones del crédito, asumiendo, para ese efecto, que no se hubiese presentado la mora. Ello implicaría que una vez reliquidado el crédito y aplicados los abonos, el deudor pagase, con sus respectivos intereses, las cuotas que para ese momento estuviesen en mora, y prosiguiese pagando el saldo de la obligación por lo que restase del tiempo inicialmente pactado (...)

La anterior solución, sin embargo, resulta insuficiente para el propósito de restablecer al deudor en su capacidad de pago que se vio alterada por unas condiciones inconstitucionales en la liquidación de los créditos.

Una segunda posibilidad, entonces, sería reestructurar la obligación, tomando como referencia la fecha en la que el deudor incurrió en mora, pero sin exigirle el pago inmediato de las cuotas atrasadas, sino proyectando la totalidad del saldo por el plazo que para ese momento estuviese pendiente conforme a las condiciones inicialmente pactadas.

Una tercera posibilidad sería aquella en la cual, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudiesen llegar las partes, la reestructuración se hiciese tomando para ello el plazo máximo previsto en la ley, que es de quince años, contados a partir del momento en el que se realice la reestructuración. Las demás condiciones serían las del crédito reliquidado, con los ajustes que quepa hacer de acuerdo con la ley, y aplicando, en cualquier caso, el que resulte más beneficioso para el deudor.

En el mismo sentido haciendo referencia al requisito de reestructuración, la Corte Constitucional en Sentencia T-881-13, en el caso concreto de la resolución de una tutela con similares sucesos facticos, señaló:

"3.6.3.1. Como previamente se mencionó, el actor alega el desconocimiento de la Ley 546 de 1999 y de la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida en que el juez de segunda instancia señaló que no habría lugar a la reestructuración de la obligación, por tratarse de un proceso ejecutivo hipotecario presentado en el año 2002. En criterio del actor, esta irregularidad constituye un defecto sustantivo, por la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales sobre el tema y del contenido normativo de la citada ley.

⁸ Sentencia T-7108 de 2012.

Como se señaló en el acápite de antecedentes, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Castro Ramos contra la decisión adoptada por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Cali, se sustentó en dos argumentos: en primer lugar, en la falta de reestructuración del crédito, y en segundo término, en la imposibilidad de exigir el cobro ejecutivo de la obligación al no haberse acreditado la citada reestructuración. La primera de las circunstancias alegadas se relaciona con el segundo defecto puesto de presente en sede de tutela, conforme al cual no se demostró la reliquidación de la obligación, lo que daría lugar –en opinión del actor– no sólo a la existencia de un defecto sustantivo, sino igualmente fáctico.

En segunda instancia, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2012, confirmó la decisión del a quo. Por una parte, señaló que el título ejecutivo era autónomo, razón por la cual no era necesario acompañarlo de documento alguno que mostrara la fórmula utilizada para reliquidar el crédito. Y, por la otra, expuso que la reestructuración no es exigible frente a obligaciones cuyo cobro judicial se hubiese intentando con posterioridad al 31 de diciembre de 1999, salvo que se tratara de un proceso ejecutivo adelantado luego de la terminación de un juicio previo por efecto de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, al persistir la mora del deudor. Textualmente dijo que:

"Acorde con todo lo dicho, debe ultimarse que en el caso concreto no puede considerarse tal requisito (la reestructuración), pues no se trata de un proceso ejecutivo adelantado luego de la terminación de un juicio previo por efecto de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, en el que persista la mora del deudor, la entidad acreedora hubiese ejecutado el cobro con posterioridad, sino que estamos frente a un ejecutivo hipotecario presentado el 15 de abril de 2002 que no tiene antecedentes de haberse cobrado ejecutivamente antes de la expedición de la Ley Marco de Vivienda, resultando claro, que no hay lugar a exigirse la reestructuración (...)" (Cuaderno 1, folio 201 a 215).

3.6.3.2. A partir de los hechos descritos y de las pruebas que obran en el expediente, esta Corporación considera que se presenta el defecto sustantivo alegado por el accionante, porque de manera equivocada, la citada autoridad judicial omitió tener en cuenta que se trataba de una obligación contraída bajo el sistema UPAC, por lo que tenía que ajustarse al régimen normativo previsto en la Ley 546 de 1999, en la que se ordenó la reestructuración de todos los créditos de vivienda otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley y a las disposiciones previstas en la misma.

Precisamente, en lo pertinente, a partir del capítulo VIII de la aludida ley, se dispone la creación de un régimen de transición, en el que expresamente se señala que: "[los] establecimientos de crédito deberán ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley y a las disposiciones previstas en la misma (...)". Esto significa que más allá de la fecha de iniciación del proceso ejecutivo, el hecho determinante para hacer exigible la reestructuración, es que el crédito haya sido desembolsado con anterioridad a las fechas mencionadas en la propia Ley 546 de 1999.

La reestructuración implica tanto la conversión del crédito del sistema UPAC al UVR, como el reconocimiento de los abonos previstos en el artículo 41 de la ley en mención, conforme al cual: "Los abonos a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999, de los préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo (...)".

Desde esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la reestructuración no depende de la existencia de un proceso ejecutivo o de si la obligación estaba al día o en mora, sino del momento en el que se otorgó el crédito. (Subrayado por el Despacho). En este sentido, en la Circular Externa 007 de 2000 de la entonces Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) se dijo que:

"Las reliquidaciones y en consecuencia los abonos, deberán efectuarse para todos los créditos de vivienda otorgados por un establecimiento de crédito y que estuvieren vigentes, con cualquier saldo y al día o en mora, el 31 de diciembre de

1999. *Tendrán derecho a beneficiarse con el abono todos los créditos otorgados para una vivienda, pero solamente una vivienda por deudor.*

También tendrán derecho a la reliquidación los créditos, que además de cumplir las anteriores condiciones, se subroguen de conformidad con lo previsto en el párrafo 2º del artículo 39, siempre que la persona o personas que se subroguen en el crédito demuestren tener la capacidad de pago adecuada."

A partir de las consideraciones expuestas, es innegable que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali incurrió en un defecto sustantivo, básicamente porque aplicó la Ley 546 de 1999 de forma contraria a lo previsto por el legislador, pues no cabe duda que al haber sido otorgado el crédito antes de 1999, esto es, el 16 de noviembre de 1993, el actor tiene derecho a que su obligación sea objeto de reestructuración.

Para tal efecto, como ya se dijo, es indiferente la fecha de iniciación del proceso ejecutivo, en este caso, el 15 de abril de 2002, la cual únicamente tiene incidencia en lo referente a la posibilidad de terminación del proceso por mandato legal, en virtud de lo previsto en el párrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999."

Atendiendo los parámetros decisionales de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional, el Despacho entrará a resolver si en el caso sometido a estudio, se cumplen las condiciones necesarias para que sea viable la tutela deprecada.

CASO CONCRETO

En armonía con la reseña fáctica del escrito de solicitud de amparo, se tiene que la inconformidad de la tutelante a partir de la cual considera conculcado su derecho fundamental al debido proceso, estriba en que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Jamundí no aceptó la terminación extraordinaria del proceso por ausencia del requisito de exigibilidad de la obligación demandada, como quiera que el crédito hipotecario garante de la acción, no fue sometido a reestructuración.

En efecto, según quedó esclarecido en el acápite anterior, la acción de tutela, en razón a su carácter residual y subsidiario, no puede ser la vía paralela o alterna a través de la cual se puedan obviar los procedimientos que la ley tiene establecidos para dirimir las controversias, o empleada a manera de segunda instancia cuando el ordenamiento no la consagra. Sin embargo también fue ilustrado con la citación jurisprudencial pertinente, que cuando se cumplen las causales

generales y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, el mecanismo debe operar en garantía del derecho fundamental al debido proceso.

Con este derrotero, se tiene que en el caso que se estudia se cumplen a cabalidad las causales generales de procedibilidad: sin duda el asunto tiene relevancia constitucional, en tanto entraña el compromiso del derecho al debido proceso y en tratándose de un proceso en el que se puede ver afectado el bien inmueble en cabeza de la accionante, a la vivienda digna; la acción constitucional se ha formulado en término razonable luego de la decisión, de modo que no se falta al requisito de inmediatez; no se endilga una irregularidad procesal sino un defecto sustantivo; el requisito de subsidiariedad fue atendido, en tanto el accionante hizo uso de los mecanismos ordinarios de defensa judicial dentro del proceso, puesto que planteó la inobservancia de la reestructuración en las excepciones de mérito⁹, solicitó con posterioridad la terminación del proceso por la misma circunstancia y frente al auto que decidió de manera negativa dicha petición, presentó los recursos legales; están claramente identificados tanto el hecho desencadenante como el derecho vulnerado; y no se debaten los efectos de una sentencia de tutela.

En cuanto a las causales específicas o especiales de procedibilidad, la conducta denunciada se enmarca en el defecto sustantivo o material, que según la jurisprudencia constitucional se presenta "*cuando la decisión judicial se apoya en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea por que ha sido derogada, porque ella o su aplicación al caso concreto es inconstitucional o, **porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se ha aplicado***"¹⁰

Por otra parte en reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia expresó: "*De manera, que a pesar de que no se cumplan los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, si es evidente que el funcionario acusado, vulneró los derechos fundamentales del accionante, como consecuencia de un defecto material, al haber ordenado seguir*

⁹ Folio 124 del proceso ejecutivo.

¹⁰ Sentencia T-781 de 2011 de la Corte Constitucional, entre otras.

adelantando la ejecución sin la existencia de un título exigible, por desconocimiento de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, se amerita la concesión excepcional de la tutela.”¹¹

Traídas entonces estas condiciones al evento en el que se imputa la vulneración, necesario es concluir que la decisión adoptada por el juzgado accionado tiene todas las características que hacen necesaria la intervención del juez constitucional, por entrañar un defecto sustantivo al desconocer la aplicación del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, de cara a las pruebas que militan en el proceso ejecutivo hipotecario adelantado por Davivienda S.A.

Ese sentido y entrados en el caso de estudio, previo a establecer la procedencia de la solicitud de terminación es pertinente dejar claramente establecido que de conformidad con lo indicado en la Circular Básica Jurídica No. 85 de 2000, expedida por la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera, la reestructuración es la modificación de una o varias condiciones originales del crédito, acordada entre el deudor y la entidad financiera, con el fin de facilitar al deudor el pago del crédito, cuando quiera que tenga dificultades reales o potenciales de pago.

Reciente jurisprudencia de la Sala Civil del H Tribunal Superior de Cali se ha pronunciado respecto a la obligatoriedad de la reestructuración de créditos hipotecarios para efectos de adelantar el proceso ejecutivo¹²:

“...Finalmente, ya asentada en esta línea, más adelante dijo la Corte que “si bien [en el caso en estudio] el cobro compulsivo no fue iniciado con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, es lo cierto que la obligación para adquirir vivienda si fue otorgada antes de tal época y para dicha fecha el deudor se encontraba en mora en el pago de las respectivas cuotas, (...) de donde surge con claridad que debió ser beneficiado también con la reestructuración del saldo insoluto, como requisito de procedibilidad para iniciar el proceso ejecutivo. (...) En estricta sujeción a los anteriores lineamientos, deviene evidente que la ejecución adelantada por la Central de Inversiones CISA S.A., cedido a CIGFP COLOMBIA S.A., no podía llevarse a cabo, sino una vez que hubiera finalizado el proceso de reestructuración del crédito, pues de no hacerse, como se ha dicho, hace que la obligación sea inexigible, toda vez que desconoce la expresa condición impuesta por el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, que previó que reliquidado el crédito, debía proceder en la forma en que se ha explicado.”¹³

En caso reciente, donde el accionante alegaba que su crédito había sido suscrito en pesos, perfilando su posición y reiterando su referencia general a los “créditos de vivienda” –sin distinguir entre aquellos suscritos en Upac y aquellos otorgados en moneda legal-, la Corte estableció que “tratándose de la reestructuración de créditos de vivienda, como exigencia esencial para

¹¹ Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2015 M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹² Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2015 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Romero Sanchez Radicación:76001-31-03-014-2002-00302-02.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de tutela de 28 de octubre de 2014. STC14642-2014. Rad. 11001-02-03-000-2014-02334-00.

promover un cobro compulsivo, luego de haberse reliquidado una obligación en virtud de lo previsto por el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, esta Corte ha definido como obligatorio el cumplimiento de dicho presupuesto, por incumbir propiamente a la exigibilidad del título, de modo que no consumir con esa premisa impide la ejecución. (...) ¹⁴.

Cumple aclarar que no es óbice para el efecto, que los créditos en ejecución hayan sido suscritos en pesos, pues el criterio que se adopta en torno a la exigencia de la reestructuración, perfilado por la Corte en sus últimas providencias, aparece oponible, con la única condición de que se trate de créditos otorgados para vivienda y suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, postura que ha aplicado la autoridad superior indistintamente para créditos suscritos en pesos y en UPAC, sin que pudiera entenderse cosa distinta, frente a la línea garantista que se ha impuesto y a los parámetros que rigen la materia, propuestos en la sentencia C-955 de 2000 y la propia ley de vivienda¹⁵.

6.- Ahora bien, junto con la anterior exposición en torno a la postura actualmente imperante en la citada Corporación, debe resaltarse que, con arreglo a la misma, recientemente se ordenó a esta Sala revisar la exigibilidad de los títulos allegados (uno de ellos suscrito en pesos) al proceso ejecutivo (primera ejecución posterior a 1999)¹⁶, oportunidad en la cual, refiriéndose además, a lo dicho en sentencia T- 881 de 2013, se advirtió que "[del] artículo 42 de la Ley 546 de 1999, se extrae el deber ineludible para la entidades financieras de reliquidar y reestructurar los créditos de vivienda en UPAC, vigentes al 31 de diciembre de 1999..., cuya recuperación pretendían ante los estrados judiciales, pues, para esa fecha todos ellos quedaron con la posibilidad de replantear la forma de pago, de acuerdo con las condiciones económicas de los propietarios que estaban en peligro de perder su lugar de habitación. El incumplimiento de esa carga, en consecuencia, se constituye en un obstáculo insalvable para el inicio y el impulso de los procesos hipotecarios estrictamente relacionados con créditos de vivienda inicialmente concedidos en UPAC, por formar parte de un título complejo cuya acreditación se hace imprescindible, para obtener la orden de apremio en caso de mora de los deudores, o si, llevado a cabo ese trabajo, es manifiesta la imposibilidad de satisfacción de estos con sus actuales ingresos".

Igualmente, dejando sentado la importancia de la fecha en que se adquirió el crédito por parte del deudor, acotó que este "[tiene] derecho a la reestructuración de la obligación que adquirió antes de la vigencia de la Ley 546 de 1999, con independencia de que existiere un proceso ejecutivo anterior o que estuviere al día o en mora en las cuotas del crédito. [Por lo tanto, impera] revisar si la entidad ejecutante había adosado junto con los títulos de recaudo otorgados antes la vigencia de la Ley 546 de 1999, los documentos que acreditaran la reestructuración de la obligación allí contenida, pues, iterase, unos y otro documento conforman un título ejecutivo complejo, y por ende, la ausencia de alguno de estos no permitía continuar con la ejecución".

En este orden de ideas y acogiendo los criterios expuesto por el H. Tribunal Superior de Cali, el cual recopiló la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tenemos que resultaba obligatoria la reestructuración de los créditos tal como lo establece el artículo 42 de la ley 546 de 1999, por incumbir propiamente a la exigibilidad del título, de modo que no consumir esa premisa impide la ejecución, así se trate de un crédito que no cumpla con todos los presupuestos establecidos en la sentencia SU-813 del 4 de octubre de 2007, tal como ocurre en el presente caso como quiera que el mismo no se había iniciado

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de tutela de 12 de febrero de 2015. STC1145-2015. Rad. 11001-02-03-000-2015-00180-00.

¹⁵ Al respecto, puede consultarse la ya citada sentencia de tutela de 12 de marzo de 2015 (CSJ. STC1145-2015); igualmente, en torno a la aplicación de los beneficios de la ley de vivienda a los créditos en pesos, puede verse el numeral 5º de la providencia proferida con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez, el 17 de julio de 2014 (CSJ. STC9202-2014).

¹⁶ Acción de tutela conocida en primera instancia por la Sala Civil de la Corporación. Radicado: 11001-22-03-000-2015-00601-00. Fallo de 7 de abril de 2015.

para la fecha en que entró en vigencia la ley 546 de 1999. De ahí, que la falta de la realización del procedimiento mencionado, se convierte en una condición insuperable para que se continúe con la ejecución del crédito hipotecario, requisito que no fue cumplido por la entidad demandante.

Así las cosas resulta claro que el juzgado accionado vulneró el derecho al debido proceso de la tutelante, al no acceder a la terminación del proceso, como quiera que con dicha providencia desconoce por completo los antecedentes jurisprudenciales anotados y el artículo 42 de la ley 546 DE 1999 cuando señaló que ya no era el momento procesal para exponer esos argumentos, sin detenerse a observar si la acreencia allí perseguida reunía los requisitos indispensables para que la deuda fuera exigible, a pesar de que el juez tiene las facultades de ejercer control de legalidad en cualquier estado del proceso, es decir que la sentencia ya proferida no era un impedimento para que se estudiara nuevamente el título.

En este orden de ideas en el presente caso se visibiliza la procedencia del amparo por defecto sustantivo o material; encontrándose que la medida de protección constitucional, implica acceder al pedimento de la accionante y consecuentemente se impone ordenar Juzgado 2 Promiscuo Municipal De Jamundí, que deje sin valor y efecto el proveído de fecha 8 de marzo de 2016, por el cual denegó la solicitud de terminación del proceso, así como las actuaciones que de ésta se desprendan, con el propósito de que examine la temática relacionada con la exigencia de reestructurar el crédito cobrado en un juicio, como requisito para adelantar la ejecución, teniendo en cuenta las precedentes reflexiones.

Y es que pese a que el juzgado accionado en acatamiento de la sentencia de tutela posteriormente anulada emitió el auto interlocutorio No. 1012 de fecha 04 de agosto de 2.016 dando por terminado el proceso, se estima indispensable reproducir la medida de protección dado que la nulidad cobijó la adoptada en la sentencia primigenia.

Por último y en lo referente a las excepciones que aduce fueron propuestas pero no adoptadas por el a quo, es pertinente señalar que la discusión sobre las mismas se produjo en el curso del proceso con el debido soporte probatorio, por lo cual no hay lugar al pronunciamiento constitucional en vista de que no se vislumbra vulneración alguna de un derecho de rango constitucional.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la acción de tutela interpuesta por LUZ DARI BENAVIDES MOSQUERA contra el JUZGADO 2ª PROMISCOU MUNICIPAL DE JAMUNDÍ (V), por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

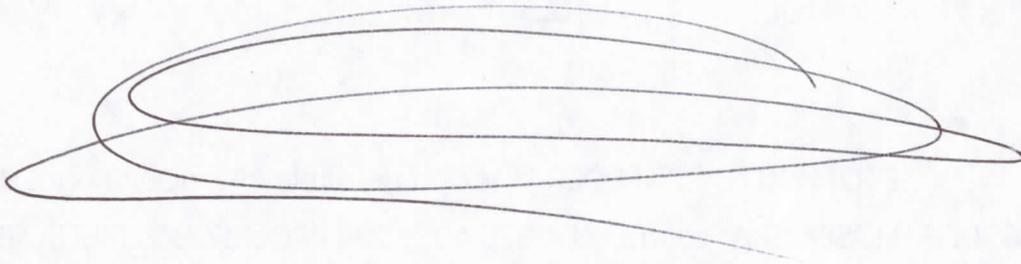
SEGUNDO.- En consecuencia se ORDENA al Juzgado accionado que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin valor y efecto el proveído de fecha 8 de marzo de 2016, por el cual denegó la solicitud de terminación del proceso, así como las actuaciones que de ésta se desprendan, con el propósito de que examine la temática relacionada con la exigencia de reestructurar el crédito cobrado en un juicio, como requisito para adelantar la ejecución, teniendo en cuenta las precedentes reflexiones.

TERCERO.- Notifíquese lo resuelto a los intervinientes de conformidad con el Art. 30 del Decreto 2591 /91, notifíquese esta providencia por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Si esta sentencia no es oportunamente impugnada, remítase con el expediente que la contiene a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

QUINTO: Devuélvase el proceso ejecutivo hipotecario aquí tratado al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned above the name of the judge.

CARLOS EDUARDO ARIAS CORREA
Juez