

Señor:
JUEZ DOCE CIVIL MUNICIPAL
Santiago de Cali

RAD. 202300583 - IPNNC AMPARO VELASCO.

DAVID SILVA ECHEVERRY, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado del deudor, presento recurso de reposición y subsidiario de apelación en contra del auto de 29 de Julio de 2023, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

En el auto recurrido, el Juzgado resuelve con un somero análisis de la situación, analizando únicamente los argumentos de los acreedores objetantes sin detenerse a observar el escenario en el que nos encontramos, ni siquiera se reviso lo expuesto por el suscrito y los argumentos de la deudora, limitándose a resolver con una interpretación sesgada de la normativa relacionada con la calidad de comerciante, rompiendo el equilibrio de las partes, perdiendo de vista la imparcialidad que debe gobernar sus decisiones.

Igualmente, no se respeta el principio de la prelación del derecho sustancial sobre la forma, no se observa el principio de igualdad ni de favorabilidad.

La deudora es una persona de edad avanzada con una enfermedad catastrófica que no puede ejercer como comerciante lo que debe ser observado en la realidad objetiva.

Tenemos que, en sentencia de 2 de mayo de 2023, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, definió la calidad o no de comerciante, ilustrando sobre el hecho de que en una etapa de su vida una persona puede ser comerciante y con el tiempo perder dicha condición.

El tribunal también indica que hechos como el registro mercantil no son plena prueba de la calidad de comerciante, que son solo elementos indicativos mas no plena prueba.

Destaca el tribunal que:

"La calidad de comerciante se adquiere cuando profesionalmente se ejerce alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y para comprobar ello es indispensable analizar el contexto en que se ejecutan estas actividades para determinar si efectivamente se dan las condiciones para ser entendido así. "

La deudora del caso de la referencia no ejerce de forma profesional actividad comercial.

El señor Juez toma una decisión amparada en una interpretación dogmática y parcializada que rompe el equilibrio de las partes, despoja a mi poderdante de su derecho a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, al principio de favorabilidad y desconoce inequívocamente la prelación del derecho sustancia sobre la forma.

También, la decisión que adopta el Juez lleva a mi poderdante a un proceso engorrosos para el cual no esta legitimado, ya que no cuenta con todos los requisitos exigidos para un trámite de reorganización empresarial el cual seguramente le será rechazado, menoscabando sus derechos fundamentales.

Solicito señor juez que se revoque la decisión tomada haciendo un control de legalidad al auto recurrido en aras de que las decisiones ilegales no vinculan al Juez y este puede revocarlas incluso de oficio.

Adjunto la sentencia del 2 de mayo de 2023, radicación 76001-22-03-000-2023-00121-00.

Del Señor Juez,



David Silva Echeverry
c.c. No. 1.144.139.988 de Cali
T.P. No. 270.972 C. S. de la J.

República de Colombia
Rama Judicial
Jurisdicción Ordinaria



Tribunal Superior de Cali
Sala Civil

REFERENCIA COMPLETA:

Rad. Nal: 76001-22-03-000-2023-00121-00

Rad. Interna: 4967

TRAMITE: Acción Tutela

Accionante: JORGE ENRIQUE HINESTROZA MEJÍA

Accionado: JUZGADO 16 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Motivo: Sentencia Tutela Primera Instancia

Magistrado Sustanciador:

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA.-

Santiago de Cali, Valle, dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

Discutido y aprobado en Sala de la fecha.

1. INTROITO

Se pronuncia la Sala sobre la acción de tutela que interpone JORGE ENRIQUE HINESTROZA MEJÍA en contra del JUZGADO 16 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

2. HECHOS RELEVANTES

2.1. En los antecedentes

2.1.1. El accionante indica que es empresario agrícola y por esa razón él no se percibe como comerciante. Dicho convencimiento lo llevó a que en el año 2020, ante una crisis financiera, decidiera impulsar un Proceso de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante, bajo los derroteros de la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

Expone que dentro de dicho trámite varios de sus acreedores presentaron objeciones reprochando su calidad de «No Comerciante», objeciones que se dirimieron por parte del Juez 16 Civil Municipal de Cali (Expediente 2020-00074), mediante providencia del 23 de noviembre de 2020, declarándola probada, lo que conllevó a que se terminara dicho proceso.

En vista de lo anterior, en el año 2022 promovió proceso concursal de persona natural comerciante, conforme lo determinado en la ley 1116 de 2006, y dicho asunto correspondió al Juzgado 16 Civil del Circuito de Cali.

Cuenta que dicho trámite fue rechazado en auto del 1 de febrero de 2023, mediante una lacónica providencia de «*tan solo tres párrafos*» en la que se dice que no se probó la calidad de comerciante. Expone que dicha providencia fue recurrida y al momento de interponerse la acción estaba a la espera de ser resuelta por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

El accionante estima que esa doble negativa para ser admitido en un proceso concursal afecta sus derechos fundamentales, en razón a que se ve desprotegido de cara a encontrar una solución judicial respecto de sus impases financieros. Crítica que por un lado se le entendió como comerciante y por ello no podía acogerse a la ley 1564 de 2012, y por el

otro se dijo que no era comerciante y eso impide acogerse a la ley 1116 de 2006.

Por tal razón, solicita que por esta vía se deje sin efecto la decisión del Juez 16 Civil del Circuito y le ordene admitirlo conforme la ley 1116 de 2006.

2.2. En el desarrollo procesal

2.2.1. Admitida la acción se dispuso la vinculación del Juzgado 16 Civil Municipal de Cali y del Despacho del Dr. José David Corredor Espitia -Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali-. Los accionados y vinculados dieron respuesta en los siguientes términos:

2.2.2. El Juzgado 16 Civil Municipal de Cali realizó la descripción de las actuaciones desplegadas en el asunto, indicando que se sujetaba al contenido de la decisión y remitió el expediente para su inspección.

2.2.3. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Cali indicó que en este caso se verifica la improcedencia de la acción, en la medida en que se encuentra pendiente la decisión de la apelación de auto formulada contra el auto que rechazó el trámite concursal de persona natural comerciante.

2.2.4. El Dr. José David Corredor Espitia -Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali- indicó que por reparto le correspondió la apelación de auto formulada contra la providencia que rechazó el concurso de persona natural comerciante que formuló el aquí accionante y mediante providencia del 19 de abril de 2023 la inadmitió, en razón a que dicho auto no es susceptible del recurso de alzada, providencia que actualmente se encuentra en firme.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. ¿El hecho de que el accionante no haya formulado recurso de reposición y súplica en contra del auto de inadmisión adoptado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, permite predicar la insatisfacción del requisito de subsidiariedad y se convierte en un valladar que impide el estudio del caso?

3.2. ¿En el presente asunto se configura alguna irregularidad procesal insaneable que merezca ser enmendada por esta vía, teniendo en cuenta los parámetros demarcados en la doctrina constitucional en cuanto la teoría de defectos específicos que habilitan la intervención del Juez de tutela?

4. CONSIDERACIONES

4.1. Supuestos Normativos

4.1.1. Artículo 86 de la Constitución Política.

«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares

encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.».

4.2. Supuestos Jurisprudenciales

4.2.1. La Corte Constitucional sobre los presupuestos de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, en Sentencia SU-332 de 2019 recordó que:

«El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidas las autoridades judiciales.

En desarrollo de este precepto, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 previeron la posibilidad de que cuando los jueces emitieran decisiones que vulneraran garantías fundamentales, las mismas fueran susceptibles de control por vía de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-543 de 1992 declaró la inexecutable de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

6. No obstante, en tal declaración de inexecutable, esta Corporación también estableció la doctrina de las vías de hecho, mediante la cual se plantea que la acción de tutela sí puede ser invocada contra una providencia judicial, cuando es producto de una manifiesta situación de hecho, creada por actos u omisiones de los jueces, que implica la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental.

En esa medida, a partir de 1992 se permitió la procedencia de la acción de tutela para atacar, por ejemplo, sentencias que se hubieran basado en normas inaplicables, proferidas con carencia absoluta de competencia o bajo un procedimiento ajeno al fijado por la legislación vigente. Tales vías de hecho fueron identificándose caso a caso.

7. Más adelante, esta Corte emitió la Sentencia C-590 de 2005, en la que la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en los términos de los avances jurisprudenciales que se dieron en ese interregno. En dicho fallo, la Corte diferenció dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así: (i) requisitos generales de procedencia, con naturaleza procesal y (ii) causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la Sentencia C-590 de 2005 buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela.

Requisitos especiales de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias:

9. De esta forma, la Corte ha edificado un sistema de posibles defectos en el proceder de los funcionarios judiciales que afectarían los derechos de las partes en un proceso. Tales defectos atribuibles a las decisiones judiciales son: el orgánico (cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, de forma absoluta, de competencia); el procedimental absoluto (cuando el juez actuó al margen del procedimiento previsto por la ley para adelantar el proceso judicial); el fáctico (cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas trascendentales para el sentido del fallo); el material o sustantivo (cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos normativos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene); el error inducido (cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales); la decisión sin motivación (debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan su determinación); el desconocimiento del precedente (cuando la jurisdicción ha fijado ya determinado tema y el funcionario judicial desconoce la subregla establecida y afecta, así, el derecho fundamental a la igualdad); y la violación directa de la Constitución (cuando se desconoce el principio de supremacía de la Constitución, su carácter vinculante y su fuerza normativa)».

4.3. Desarrollo

4.3.1. En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la acción de tutela, en principio, no está provista para cuestionar las decisiones judiciales porque implicaría transgredir la autonomía e independencia judicial y, de contera, resulta contraria a los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

Sin embargo, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha decantado una vasta línea jurisprudencial que hace permisible la intervención del Juez Constitucional para remediar asuntos surtidos dentro de procesos judiciales cuando, en términos generales, se evidencie la configuración de una flagrante desatención del debido proceso, no solo en términos formales sino también materiales.

Esa flagrante desatención del debido proceso fue inicialmente tratada a partir del concepto de «vía de hecho», el cual, a partir del fallo C-590 de 2005, se replanteó para robustecer la posición constitucional frente a las acciones de tutela contra providencias judiciales, determinando que para pregonar tal procedencia se debe agotar los **requisitos generales de procedencia** -(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance o subsidiariedad; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela- y unas **causales específicas** de procedibilidad –teoría de los defectos-.

4.3.2. Con el fin de resolver el primer problema jurídico concentra la atención de la Sala los primeros requisitos (de orden general), sobre lo cual desde ya se advierten satisfechos en la medida en que: i)

existe relevancia constitucional porque el actor reclama la protección a su derecho fundamental al debido proceso que aparentemente involucra dos decisiones judiciales enfrentadas entre sí y que lo dejan desprovisto de una solución judicial a su conflicto; ii) se cumple con el requisito de inmediatez porque la decisión reprochada data de febrero de 2023, lo cual evidencia que la acción se formuló dentro de un plazo razonable; iii) la irregularidad procesal es definitiva y relevante dentro del trámite judicial porque puso fin al proceso; iv) el accionante describió con claridad en qué consiste la vulneración; y v) no se trata de una acción de tutela contra la decisión adoptada al interior de otra acción de tutela.

Queda entonces solo pendiente la verificación del presupuesto de subsidiariedad, para lo cual hay que decir que si bien el actor formuló recurso de apelación en contra del auto de rechazo, que es el que por esta vía critica, y que al momento de interponer la presente acción aún no había pronunciamiento al respecto y que ya después, habiéndose inadmitido tal recurso por el *ad-quem*, no formuló recurso de reposición y súplica, esa situación no impide entender satisfecho el presupuesto de subsidiariedad.

Téngase en cuenta que el auto reprochado no es susceptible del recurso de alzada, de tal forma que resultaría un despropósito exigirle al accionante que debía esperar a que se surtiera toda la instancia o que se resolverían los recursos comentados cuando en realidad era claro que no habría decisión de fondo en su caso. Un requerimiento de ese estilo equivaldría a un excesivo ritual manifiesto, lo cual es abiertamente contrario a los fines de la acción de tutela y por tanto su queja constitucional cumple plenamente los requisitos generales.

4.3.3. Ahora bien, pasando al segundo problema jurídico, al revisar el escrito de tutela la Sala observa que el accionante critica el auto

del 1 de febrero de 2023, en el que el Juez Civil del Circuito rechazo el trámite fundándose en que no se probó que él fuese comerciante, contrariando por completo la conclusión a la que llegó el Juez Civil Municipal el 23 de noviembre de 2020, cuando afirmó que sí era comerciante y por ende no podía acogerse a la ley 1564 de 2020.

Esta crítica conllevó a examinar detenidamente cada expediente y se encontró que para noviembre del año 2020 el Juez Civil Municipal declaró que el señor JORGE ENRIQUE HINESTROZA era comerciante porque en ese contexto se probó que i) el accionante contaba con registro mercantil en la cámara de comercio; ii) contaba con 2 establecimientos de comercio activos; iii) figuraba como socio gestor en una sociedad comercial; y iv) gestionó algunos créditos llevados al concurso bajo la calidad de comerciante.

En cuanto al trámite conocido por el Juez Civil del Circuito, esta autoridad, en febrero de 2023, llegó a la conclusión de que no era comerciante porque i) en su escrito de solicitud dijo percibirse como «no comerciante»; ii) No probó tener registro mercantil activo (fue cancelado en junio de 2022); iii) Tampoco tiene establecimientos de comercio activos; y iv) no logró demostrar que se anuncie al público como comerciante. Por ende, como quiera que la ley comercial exige una serie de actos que permitan predicar el comportamiento habitual que constituya a alguien como comerciante y aquí las pruebas apuntan en otro sentido, concluyó que no ostentaba la calidad necesaria para ser admitido en ese tipo de trámites.

En vista de ello, analizado lo anterior, se colige que el resguardo solicitado en este escenario constitucional está llamado al fracaso, porque la providencia en cuestión no luce arbitraria, sino que fue precisamente adoptada bajo argumentos razonables y racionales,

derivados del caso en concreto. Nótese que el Juez accionado explicó por qué, según el material probatorio, actualmente el señor HINESTROZA MEJÍA no puede entenderse como comerciante y ello le impide acogerse al régimen especial de la ley 1116 de 2006.

En tal sentido, se entiende que la decisión controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, al margen de que se comparta, descartándose la presencia de una *vía de hecho*, de manera que la queja constitucional no resulta prospera en este escenario.

La aparente anomalía descrita por el accionante no es de tal naturaleza que pueda llegar a afectar el debido proceso. Con el objeto de clarificar por qué la decisión sometida al escrutinio constitucional no comporta un defecto capaz de convocar la intervención del juez de tutela, se precisa indicar que aunque la normatividad comercial establezca actos presuntivos de la calidad de comerciante (entre los que se encuentra ostentar el registro mercantil, tener establecimiento de comercio abierto o se exponga al público como comerciante)¹, estos actos aisladamente no tienen la contundencia probatoria para acreditar la calidad de comerciante, pues, se insiste, son apenas actos presuntivos.

La calidad de comerciante se adquiere cuando profesionalmente se ejerce alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y para comprobar ello es indispensable analizar el contexto en que se ejecutan estas actividades para determinar si efectivamente se dan las condiciones para ser entendido así.

En esa senda, incumbe referir que el hecho aislado de que una persona que inicia un proceso de insolvencia de persona natural no

¹ Artículo 13 del Código de Comercio.

comerciante haya cancelado su registro mercantil o cerrado su establecimiento de comercio coetáneamente o al poco tiempo antes de promover aquel concurso, no es *per se* un acto que dé lugar al rechazo del trámite de marras; bien pudo haber ocurrido que las condiciones que provocaron aquella matrícula mercantil no estaban fielmente involucradas al ejercicio de actos mercantiles (cuya crítica, de haberse hecho así, merece discutirse en otro escenario) o que simplemente se ejerció el comercio un tiempo y luego cesaron tales actividades.

Del mismo modo, la cancelación del registro mercantil tampoco equivale por sí solo a la pérdida de calidad de comerciante. Recuérdese que dicha matrícula, como se dijo, es tan solo un acto presuntivo de tal calidad, por lo que para comprobar si una persona es o no comerciante, la vigencia de su matrícula mercantil es apenas un acto consultivo por obligación que no se traduce en el acto exclusivo de confirmación sobre ello, ya que existen distintas modalidades que permiten conocer si determinada persona es o no comerciante y los efectos que ello implica.

Los eventos expuestos son hechos que observados separadamente no comportan una carga informativa suficiente para emitir concienzudamente un juicio de valor respecto de la calidad de comerciante que puede llegar a tener o no una persona. Lo importante es comprobar si la persona en su contexto ejecuta profesionalmente actos mercantiles, es decir, en el tráfico de relaciones negocionales, su exhibición al público, la continuidad y vigencia de sus actos mercantiles, y demás cuestiones que hiladas hacen manifiesta esa calidad.

Para el caso en concreto el Juez Civil Circuito encontró que actualmente no se dan las condiciones para asumir que el accionante es comerciante y tal afirmación no riñe con la determinación hecha por el

Juez Civil Municipal hace más de dos años, pues para esa época se probó que las circunstancias eran distintas, sin que ello impida que al día de hoy pueda gestionar de nuevo aquella alternativa, y el presente razonamiento, según el cual la condición de comerciante puede variar con el paso del tiempo, deberá ser admitida en ese espacio por el Juez del concurso para que se le permita la promoción del trámite y evite un nuevo enfrentamiento sobre este tema.

En tal sentido, se negará la presente acción.

5. PARTE RESOLUTIVA

Son suficientes las anteriores consideraciones para que esta Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (V), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVA:**

Primero. NEGAR el amparo deprecado en el presente trámite constitucional, conforme lo explicado en la parte motiva.

Segundo. NOTIFIQUESE la presente decisión por el medio más expedito.

Tercero. ORDENAR que, en caso de que no se impugne esta decisión, se remitan las presentes diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE

El Magistrado Sustanciador,

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Los demás magistrados intervinientes en la Sala,

FLAVIO EDUARDO CORDOBA FUERTES

JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA

Firmado Por:

Julian Alberto Villegas Perea
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Flavio Eduardo Cordoba Fuertes
Magistrado
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Jose David Corredor Espitia
Magistrado
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3c285954a8de4b27cbb27631b76aaea23614ba31e2147ded72645e036157ebcf**

Documento generado en 02/05/2023 01:04:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>