

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Rechazo por improcedencia al existir recurso extraordinario de casación

El amparo impetrado habrá de rechazarse, porque la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales y la actora no recurrió la sentencia proferida en segunda instancia, por la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla, pudiendo hacerlo, como quiera que en el asunto, siguiendo el trámite previsto para el proceso Ordinario, se negaron por razones probatorias pretensiones de resarcimiento que superan los mil millones de pesos, susceptibles de considerar en casación. Rechazar la acción impetrada por improcedente, en razón de que cualquiera fuere el contenido de la sentencia que la actora controvierte y los errores en que la accionada hubiere incurrido al proferirla, las partes, en cuanto permitieron su ejecutoria, tendrán que acatarla ineluctablemente.

Referencia: expediente T-1.348.700

Acción de tutela instaurada por Bertha Fernández de Jerman contra la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha adoptado la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, para resolver el amparo constitucional impetrado por Bertha Fernández de Jerman contra la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

La señora Bertha Fernández de Jerman, por intermedio de apoderado, interpone acción de tutela, porque la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso Ordinario promovido por la actora contra el Banco Central Hipotecario S. A., con el objeto de obtener la indemnización de los perjuicios causados en el ámbito de dos procesos Ejecutivos Hipotecarios en los que se pretendió cobrar la misma obligación.

1. Hechos

1.1 La señora Bertha Fernández de Jerman, por intermedio de apoderado, formuló demanda Ordinaria por una cuantía que la demandante estima superior a los mil millones de pesos, en contra del Banco Central Hipotecario S.A., el 30 de septiembre de 1999.

Pretendía la demandante que el Juzgado del conocimiento profiriera las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO demandó en forma indebida, violando las leyes sustanciales y procedimentales a la señora BERTA (sic) FERNANDEZ DE JERMAN ante el JUZGADO (sic) PRIMERO Y SEPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

3. Se ordene al BANCO CENTRAL HIPOTECARIO resarcir los perjuicios materiales, morales, incluyendo en ellos el daño emergente, el lucro cesante y la indexación conforme a las estadísticas que mantiene el Banco de la República, a la señora BERTA (sic) FERNANDEZ DE JERMAN.

(..).1"

Para el efecto, el apoderado de la demandante sometió a consideración del fallador los siguientes hechos:

-Que su representada constituyó hipoteca "de primer grado, abierta e indeterminada a favor del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO el 28 de septiembre de 1979, mediante Escritura Pública N° 2079 otorgada ante la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla", sobre el lote de terreno de su propiedad, ubicado en la carrera 52 No. 70-113 de la ciudad de Barranquilla, al que le corresponde el Folio de Matrícula Inmobiliaria 040-0029905.

-Que el 11 de junio de 1981 y el 17 de enero de 1984, en los términos de las Escrituras Públicas números 1365 y 29 otorgadas en la Notaría antes referida, la demandante protocolizó el Reglamento de Propiedad Horizontal y la reforma del mismo, correspondientes al Edificio SCORPIO, construido en el inmueble antes relacionado, con sus propios recursos y el préstamo concedido para el efecto por el Banco Central Hipotecario S.A.

-Que el Banco Central Hipotecario S.A., por intermedio de apoderado formuló demanda para

que “se sirva ordenar la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, a fin de que con su producto se pague a mi mandante, con la prelación que establezca dicha sentencia, la cantidad de TRECE MILLONES CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$13.400.000.oo), suma que se convertirá a UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC), creadas por el Decreto 1229 de 1.972, en la fecha de entrega del dinero y de acuerdo con la corrección monetaria para esa misma fecha por el Banco de la República (sic), más sus intereses convencionales desde cuando se hizo exigible la obligación hasta cuando se verifique el pago (...)”².

-Que el 10 de noviembre de 1982, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla libró oficio ordenando “el embargo con acción real sobre el inmueble identificado con matrícula 040-0029905, que corresponde al inmueble de mayor extensión, orden que recibió la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla y al encontrar inscrita la escritura de reglamento de propiedad horizontal, procedió a inscribir el embargo en todas las matrículas derivadas de la de mayor extensión sin tener en cuenta que sus números no eran mencionados en el oficio respectivo e informando al Juzgado el procedimiento realizado, de los cuales se encontraban vendidos y escriturados seis (6) apartamentos y dos (2) locales a terceros³”.

-Que el Juzgado del conocimiento, dentro de la ejecución a que se hace mención, dispuso el secuestro del inmueble de mayor extensión “tal como se solicitó en la demanda y diligencia que llevó a cabo el inspector (sic) de Policía designado, secuestrando el lote indicado, sin señalar la existencia de un edificio sobre él, con sus apartamentos, locales y garajes a pesar que existían jurídica, materialmente e independientemente”.

-Que la “sentencia ordenó tal como se solicitó, el remate en pública subasta de lote de mayor extensión (...)”; que, contrariando el contenido de la providencia, “se procedió a ordenar el remate en que se determinó cada inmueble en forma individual” y que “el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO a través de su apoderado solicitó la adjudicación de los bienes, petición que se cumplió con la adjudicación de 3 apartamentos, 3 garajes y un local comercial y la posterior

entrega material de dichos bienes, muy a pesar de que en la diligencia de remate solo se adjudicó o remató los inmuebles contenidos en matrícula inmobiliaria (sic) No. 0029905; 040-0096306 y 040-0096325”.

-Que cumplido “el remate y adjudicación al banco a fecha 10 de septiembre de 1985 y de conformidad a la liquidación que hizo el juzgado quedó un saldo insoluto”.

-Que el “BANCO CENTRAL HIPOTECARIO a través de su apoderado recibió del Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, los oficios Nos. 978 y 976 fecha (sic) 24 de septiembre de 1985 en que ordenaba en cumplimiento del auto aprobatorio del remate, la aprobación del remate, la cancelación del embargo de los bienes, la cancelación del gravamen hipotecario, el que fue ocultado por la entidad demandante, sin darle curso como indica la Ley, propiciando el inicio de un nuevo proceso hipotecario a sabiendas que el gravamen había sido cancelado por el Juez primero Civil del Circuito con anterioridad tal como lo ordena la Ley” -destaca el texto-.

-Que con “esa falsedad a bordo y con documentos carentes de valor, el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO inició la acción hipotecaria contra mi mandante ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito en que aún a la fecha mantiene trabados los bienes, muy a pesar de que ya la Juez Séptima Civil del Circuito ordenó la terminación del proceso, al percibirse que el título de recaudo está cancelado”.

-Que “con base a la nueva demanda que cursa en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla, se embargó, secuestró (sic) los locales marcados con el número 1A, 1B, 1C y el apartamento 7 y su respectivo garaje, proceso que fue notificado personalmente y objeto de excepción de prescripción entre otras, que según el Juez de conocimiento y el tribunal no prosperaron”.

-Que “con el comportamiento del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO se causaron graves perjuicios materiales y morales (..)”.

1.2 El 3 de octubre del año 2002, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla absolió al Banco Central Hipotecario S.A. de la pretensión de resarcimiento ya referida.

Consideró el Juzgado del conocimiento, previo el trámite procesal previsto, en el que se surtió la audiencia de conciliación, decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y se permitió a las partes contradecirlas:

“Antes de realizar el estudio de rigor de los elementos axiales de la responsabilidad civil extracontractual es de suma importancia denotar la ambigüedad de la causa fáctica nutriente de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual. En efecto en los hechos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo del escrito ambientador del proceso, se duele la demandante de que se haya rematado otros inmuebles con individualidad jurídica distinta del bien raíz (lote de mayor extensión) sobre el cual recayó el gravamen hipotecario, construidos sobre el lote de mayor extensión. Entonces lo que censura básicamente consiste en que al decir de la demandante no se remató el inmueble al cual se contrae la sentencia que ordenó la venta en pública subasta.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Siendo ello así, resulta improcedente cualquier estudio jurídico sobre la razón factual anteriormente señalada porque contraría el principio de la inmutabilidad de la sentencia, que solamente de manera excepcional puede ser quebrado a través del recurso extraordinario de revisión.

Igual predicamento cabe realizar a la descripción fáctica contenida en los hechos doce, trece, catorce, quince dieciséis, diecisiete, dieciocho y diecinueve de la demanda ordinaria. En verdad, que lo allí consignado debió ser alegado y decidido en los procesos ejecutivos aludidos, ya a estas alturas, la situación conflictiva presentada se encuentra gobernada por el principio de la cosa juzgada. Eso sí, a manera de ilustración en los distintos trámites, judiciales se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2488 del Código Civil, sobre la indivisibilidad de la hipoteca.

En el fondo, si la demandante cree que hubo error judicial o una falla en la prestación del servicio público de justicia, como se infiere de los hechos de la demanda, otro sería el mecanismo judicial a utilizar frente a una persona distinta de su acreedor BANCO CENTRAL HIPOTECARIO.

(..)

En el caso de autos, necesariamente corresponde afirmar que el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO en su calidad de acreedor real al impetrar el proceso ejecutivo donde se ejerció el derecho real de hipoteca, haciéndolo efectivo sobre el bien que la soportaba y las partes en que se dividió ese bien, en virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, obteniendo la adjudicación de los bienes construidos sobre el lote de mayor extensión, realizó una conducta legítima en ejercicio de un derecho sustancial y en manera alguna puede atribuirsele culpa en dicho proceder legítimo ya que se encontraba legitimado para adelantar la acción compulsiva con todos los efectos jurídico materiales y procesales del caso, por lo que de bulto, a juicio de esta autoridad jurisdiccional, las pretensiones no se abren paso."

1.3 La señora Bertha Fernández de Jerman, por intermedio de apoderado, impugnó la decisión antes referida, como quiera que “sin lugar a duda [los hechos relacionados no constituyen un comportamiento culposo] sino doloso tipificado en nuestro código penal como fraude procesal, independientemente que mi representada haya ejercido su defensa o no, o haya adelantado acciones penales en contra de las personas implicadas.

Agregó el recurrente “que el comportamiento delictivo de la demandada B:C.H.” motivó a la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla, mediante decisión de segunda instancia, llamar “adefesio jurídico” al trámite adelantado en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barraquilla, además de reconocer “la existencia de una conducta dolosa o culpa”, al punto que ordenó se remitiera copia del expediente a la “Fiscalía para las investigaciones correspondientes, muy a pesar que tanto los magistrados como el suscrito conocemos de la Extinción de la Acción Penal por el transcurso del tiempo a través de la figura de la prescripción. Sin embargo esta declaratoria tardía no descarta las acciones civiles de indemnización que se adelantan a través de este proceso”.

Destacó, que el Banco Central Hipotecario, no satisfecho con el daño causado con el remate de “bienes de propiedad de mi representada, que fueron valorados en dinero que constituía su único patrimonio y por lo tanto constituye el daño causado”, montó, de manera dolosa, “un nuevo proceso hipotecario con inmuebles de hipoteca cancelada, generando una vez más otro FRAUDE PROCESAL y se sacan del mercado mediante embargo los bienes restantes de mi representada, muy a pesar que hizo valer su derecho que por circunstancias que aún no logro comprender fueron negados en primera y en segunda instancia (sic) y solo al final cuando el adefesio jurídico fue de tal tamaño e imposible de ocultar se decretó la terminación del proceso por dichas causas, pero el daño y la conducta dolosa se habían cometido (...)”.

En consecuencia, el apoderado de la señora Fernández de Jerman insistió ante la Sala

accionada en que se imparta la orden de resarcimiento, de conformidad con los dictámenes periciales “elaborados por peritos nombrados por el despacho, distintos, (sic) coincidieron que sí existieron perjuicios y los liquidaron conforme a las reglas contables existentes y bajo los parámetros de la sana crítica e incluso con aceptación de la demandada tal como se desprende de sus escritos al respecto y comportamiento en el proceso”.

1.4 El 7 de junio de 2005, la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla resolvió confirmar en todas sus partes la sentencia de fecha Octubre 3 de 2002, proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso Ordinario promovido por la actora contra el Banco Central Hipotecario S.A “pero por las razones de este proveído”.

Expuso el Ad quem, respecto del trámite adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla y la condena por resarcimiento impetrada:

“Observa la Sala que en el proceso que cursó ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Barranquilla, las formalidades se cumplieron, de hecho la sentencia hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que no amerita hacer mayores precisiones tal como lo manifestó el A quo cuando en providencia adiada Octubre 3 de 2002 expresa: “En verdad, que lo allí consignado debió ser alegado y decidido en los procesos ejecutivos aludidos, ya que a estas alturas la situación conflictiva presentada se encuentra gobernada por el principio de cosa juzgada” (fl. 357 del C.P.C.), de tal manera que tratándose de la supuesta responsabilidad civil extracontractual en el trámite seguido ante el Juzgado 1º Civil del Circuito no procede mayor estudio, por lo que al estar ajustada la decisión del A quo en dicho punto la Sala acogerá dicho fundamento”.

No obstante, la Sala accionada se apartó de las consideraciones que dieron lugar a absolver al Banco Central Hipotecario S.A. por los perjuicios causados con ocasión del proceso Ejecutivo del que conoció el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla, como quiera

que “mientras en el proceso gestionado ante el Juzgado 1º Civil del Circuito se presentó como título de recaudo un documento idóneo, no se puede afirmar que en el segundo proceso se haya hecho lo propio ya que la parte actora, pretendió cobrar con los mismos documentos Hipoteca y pagarés, por la vía del Proceso Ejecutivo un saldo insoluto, lo cual a la postre fue advertido por el sentenciador lo que ocasionó la terminación de este último proceso y en consecuencia se levantaron las medidas cautelares sin que se condenara en costas a la parte ejecutante”.

Destacó también la citada Sala que, “el hecho de no haberse condenado al demandante dentro del mismo proceso, no obsta para que el ejecutado opte por la vía del proceso Ordinario, como en efecto acontece en el sub lite”.

No obstante recordó la necesidad de demostrar la confluencia del hecho, la culpa, el daño y el nexo causal “si se pretende endilgar responsabilidad aquiliana a quien por abuso del derecho ocasionó menoscabo al ejecutado”, y a su vez observó i) que los perjuicios morales subjetivados o premium dolorim se predicen del “dolor sufrido por alguien en particular en razón a las relaciones afectivas” únicamente, ii) que con ocasión de las medidas cautelares decretadas sobre el apartamento 7^a (sic) y el garaje 9 situados en la Carrera 52 No. 70-113, ordenadas en el ámbito del segundo proceso Ejecutivo Hipotecario promovido contra la actora, no se le causaron perjuicios a la actora “porque para el momento del embargo tales propiedades no le pertenecían (...) como se puede comprobar en los certificados de tradición”; y iii) que “no obra en el plenario prueba alguna del dolor “moral” sufrido por la ejecutada (hoy demandante) en razón a las medidas cautelares decretadas sobre los inmuebles Local 1A, 1B y 1C (...)”.

Respecto de los perjuicios materiales, no encontró la Sala Civil accionada “en el expediente prueba que acredite la existencia de un lucro cesante que demuestre lo dejado de percibir por la no explotación de los locales por las medidas cautelares”, como tampoco del daño emergente que asegura la demandante le habría sido causado.

Para el efecto, el ad quem se detuvo en el experticio practicado para determinar el monto de los perjuicios causados y concluyó que el dictamen “no ofrece convicción alguna ya que en todos simplemente se limitan a expresar el valor comercial de los locales 1^a, 1B y 1C, sin que aparezca por ningún aparte del plenario la demostración del lucro cesante o del daño emergente (...)”.

Señala la decisión:

“Examinado el expediente, encuentra la Corporación que para calcular los perjuicios materiales a que se alude en el párrafo precedente, no existe en él prueba distinta al dictamen pericial que fue solicitado por la parte actora, el cual obra a folios 305 a 327 del cuaderno principal, con la aclaración contenida en el escrito visible a folios 10 y 11 del cuaderno de pruebas, el cual fue objetado y resuelto por nuevos peritos quienes rindieron informe obrante a folios 31 a 47 del cuaderno de pruebas y su ulterior aclaración (folios 54 a 58 ibídem). Los (sic) no ofrecen convicción alguna a esta Sala, que en todos simplemente se limitan a expresar el valor comercial de los locales 1A, 1B y 1C, sin que aparezca por ningún aparte del plenario la demostración de lucro cesante o del daño emergente, es decir no se probó que los locales con ocasión de las medidas cautelares no hayan podido ser arrendados o que sobre ellos se hubiera constituido una promesa de contrato y se haya visto frustrada la venta de los locales”.

2. Pruebas

En el expediente obran, entre otros documentos:

-Fotocopias i) de la demanda Ejecutiva instaurada por el Banco Central Hipotecario S.A. contra Bertha Fernández de Jerman y Fernando Jerman Fernández para obtener el pago de la cantidad de \$13.400.000, en mora desde julio de 1981, ii) del auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla para admitir el libelo; iii) del oficio de embargo librado en el mismo asunto, sobre “un lote de terreno en construcción” y de la respuesta de la Oficina correspondiente, informando al Juzgado del conocimiento sobre la apertura de “los folios del 040-0096306 al 040-0096325” y la constitución de derechos a nombre de terceros ajenos a la ejecución; iv) del Aviso informando que el 10 de septiembre de 1985 se adelantaría la venta en subasta pública de los Apartamentos 3B, 6C y 7B, de los Garajes 1, 2, 3 y 6 y del Local No. 2, “propiedades horizontales del Edificio Scopio, ubicado en esta ciudad , en la carrera 52 # 70-113”; v) de la diligencia de remate, adelantada el día señalado, la cual da cuenta de la adjudicación al acreedor hipotecario “por la suma de \$13.169.890.M.L. y por cuenta de su crédito”, de los Apartamentos 3B, 6C y 7B y del Local No. 2; vi) del auto proferido el 13 de septiembre de 1985, para aprobar la diligencia de remate, ordenar su inscripción y disponer la cancelación de las medidas cautelares y del embargo hipotecario “constituido por medio de la Escritura Pública No. 2.079 de la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla”.

-Fotocopias de la demanda, del escrito contentivo del recurso de apelación y de las sentencias proferidas por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla y por la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de la misma ciudad, para resolver en primera y en segunda instancia el proceso Ordinario promovido por Bertha Fernández de Jerman contra el Banco Central Hipotecario S.A.

3. La demanda

La señora Bertha Fernández de Jerman, por intermedio de apoderado, instaura acción de tutela contra la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla, como quiera que “a través de un malabarismo jurídico establece unas situaciones de hecho diferentes a las reales, tal como establecer lo no existencia de conducta dolosa por parte del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO” y exonera a la entidad del pago de perjuicios.

Señala al respecto la demanda:

“... en síntesis, consideró la existencia de un título idóneo suficiente para poder embargar, rematar y recibir en adjudicación los bienes, fuere cual fuere el medio irregular que se aplicara y en el segundo caso ante la imposibilidad de hecho de esconder la falta de idoneidad del título sostuvo que no había daños y perjuicios demostrados, amañada (sic) las dos posiciones para resolver en derecho a favor del demandado”.

Sostiene que su representada fue despojada de sus bienes “sin el lleno de los rituales de ley”, causándole por ende “un perjuicio económico que representan el valor de dichos bienes constituyendo el perjuicio material directo e inmediato, que proyectado en un determinado lapso de tiempo genera a su vez otro perjuicio material llamado lucro cesante”.

Insiste en que “las anteriores situaciones se encuentran probadas y demostradas en el proceso, sin embargo el Tribunal de hecho (sic) se sustrajo a esa realidad, aplicó interpretaciones subjetivas y de hecho profirió una sentencia totalmente contra evidente que de hecho viola el derecho sustancial y procesal de mi representada”.

Finalmente sostiene que “con la violación de hecho a los derechos de mi representada el Tribunal incurrió en la negación de justicia por mi representada solicitada a través del procedimiento expedito ordinario declarativo, si tenemos en cuenta que el demandado o sujeto pasivo de la acción es el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO”.

En consonancia con lo expuesto, el apoderado de la actora solicita al juez de tutela dejar sin efecto la sentencia proferida por la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla, para resolver la demanda Ordinaria promovida por su representada contra el Banco Central Hipotecario S.A. y, en su lugar, disponer que la accionada resuelva nuevamente el recurso interpuesto en contra de la sentencia que falló el asunto en primera instancia, esta vez “con fundamento en las pruebas, fundamentos de derecho consignadas (sic) y aplicables al proceso”.

4. Intervención pasiva. Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla

La Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia admitió la demanda de la referencia y a la vez dispuso enterar de la acción a los Magistrados integrantes de la Sala accionada, al Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla y al Banco Central Hipotecario S.A. en liquidación, para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción.

El Juez Doce Civil del Circuito de Barranquilla intervino para poner de presente que “la acción de tutela no puede convertirse en una tercera (3^a) instancia distinta de las ordinarias, para afrontar una temática de rango legal más no constitucional ni mucho menos existe vía de hecho alguna en la decisión trascendente que se cuestiona en el escrito de tutela, razón por la cual se debe declarar su improcedencia”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Considera que la actora “gozó de la oportunidad legal dentro de los procesos ejecutivos hipotecarios donde tuvo lugar el remate de bienes a que alude para hacer valer sus derechos y obtener una decisión judicial al respecto” y llama la atención sobre la cosa juzgada que ampara a la sentencia se segunda instancia que la accionante en tutela pretende controvertir.

5. La decisión que se revisa

La Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia resolvió denegar el amparo solicitado, “toda vez que como se ha decantado por la jurisprudencia, la vía de hecho en los

campos de la hermenéutica jurídica y de la evaluación probatoria tan solo puede darse por establecida cuando el administrador de justicia incurre en una irrefutable y grosera arbitrariedad”.

Precisa el fallador de instancia que “aunque (sic) frente a una de las dos ejecuciones del Banco, no halló el tribunal proceder culposo, lo que en definitiva lo llevó a desestimar la responsabilidad en ambos casos fue la ausencia de prueba en torno al daño alegado, elementos también indispensables para que pueda hablarse de responsabilidad civil”, toda vez que “no aparece en el expediente prueba que acredite la existencia de lo dejado de percibir por la no explotación de los locales por causa de las medidas cautelares, luego no procede indemnización alguna por este concepto”. Indica al respecto:

“.. no existe otra prueba que el dictamen pericial solicitado por la parte actora con la aclaración del mismo, el cual fue objetado y resuelto por nuevos peritos quienes rindieron la experticia obrante a folio 31 a 47 del cuaderno de pruebas y su ulterior aclaración a folios 54 a 58 ibídem; este no fue convincente pues los expertos se limitan a expresar el valor comercial de los locales 1A, 1B y 1C, sin que aparezca por ninguna parte del plenario la demostración del lucro cesante o el daño emergente (..)”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por selección de la Sala Once de esta Corporación, mediante providencia del 25 de mayo de 2006.

2. Problema jurídico planteado

Corresponde a la Sala determinar si la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla quebrantó los derechos fundamentales de la señora Bertha Fernández de Jerman, dentro del proceso promovido por ésta contra el Banco Central Hipotecario S.A., para obtener el resarcimiento de los perjuicios que la actora estima en cuantía de mil millones de pesos, dados los trámites de ejecución adelantados en su contra, ante los Juzgados Primero y Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla.

Ahora bien, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, corresponde a esta Sala reiterar la jurisprudencia constitucional en la materia, a cuyo tenor el mecanismo de restablecimiento de los derechos fundamentales no puede ser utilizado para revivir las oportunidades procesales que, de haberse utilizado, habrían permitido a los afectados obtener un pronunciamiento sobre la vulneración, en el ámbito del asunto en que la misma se produjo.

Como se verá la jurisprudencia constitucional en la materia, en consideración a la autonomía e independencia de los jueces para resolver de una vez los conflictos sometidos a su conocimiento y de la colaboración debida a la administración de justicia, tiene definido que las partes no pueden acudir ante el juez de amparo sino una vez propuesta la enmienda dentro del mismo asunto, de manera que todo lo concerniente a la litis se controvierta y decida por la vía de los trámites incidentales o de los recursos ordinarios u extraordinarios establecidos para el efecto -artículos 2°, 13, 29, 86, 95 y 230 C.P-.

3. Consideraciones preliminares. Reiteración de jurisprudencia

Mediante Sentencia C-543 de 19924 esta Corte declaró inexequibles los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, por considerar que las disposiciones desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política en materia de acción de tutela y afectaban la autonomía e independencia judicial⁵, al tiempo que dispuso que “(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...)”.

En esta misma línea, al resolver sobre inconstitucionalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 20046, a cuyo tenor contra el fallo proferido por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en trámite de casación “no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión”, esta Corte reiteró la abundante y consistente jurisprudencia constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en firme, respaldada, no solo en la normativa constitucional “sino también en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta⁷.

Se detuvo la Corte, en la sentencia de constitucionalidad en comento, en los cuestionamientos vertidos al respecto y pudo concluir i) que no es de recibo argumentar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se optó por excluir del amparo constitucional las actuaciones judiciales en firme porque esto, que fuera una propuesta, “resultó amplia y expresamente derrotad[o] por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita⁸”; y ii) que la acción de tutela no vulnera la autonomía e independencia de los jueces, como tampoco el deber de éstos de proteger los derechos fundamentales, en cuanto “el amparo o acción de constitucionalidad contra las sentencias es un corolario lógico del modelo de control mixto de constitucionalidad (...) necesario para garantizar, simultáneamente, la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”.

Ahora bien, consideró se detuvo también la Corte, en la citada oportunidad, en los requisitos de procedencia de la acción, fundados en el carácter subsidiario y residual de la acción de amparo que por lo mismo descartan su utilización en lugar de los trámites o recursos, de comprobada eficacia, que, de haberse interpuesto, habrían permitido considerar la

vulneración y disponer sobre su restablecimiento. Señala la decisión:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁹. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan 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 iusfundamental irremediable¹⁰. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa 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.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹¹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las

desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹². No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹³. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁴. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

Se concluye entonces cómo, para resolver de fondo sobre el restablecimiento de derechos fundamentales, vulnerados en el ámbito de procesos judiciales, deberá previamente determinarse si quien se considera perjudicado con la decisión agotó los medios ordinarios u extraordinarios a su alcance para que se enmiente su situación, porque, de no ser así, habría que entender que consintió en las decisiones y que no puede acudir en demanda de amparo, cuando su deber constitucional tiene que ver con el acatamiento incondicional de las mismas, únicamente.

4. El caso concreto. El recurso de casación permite el restablecimiento de los derechos fundamentales

La señora Bertha Fernández de Jerman, por intermedio de apoderado, instaura acción de tutela contra la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla, porque la accionada confirmó la sentencia que negó sus pretensiones de resarcimiento, promovidas contra el Banco Central Hipotecario S.A., en razón de las ejecuciones de los créditos concedidos para la construcción del edificio Scorpio, ubicado en la carrera 52 No. 70-113 de la misma ciudad.

Efectivamente, mediante decisión proferida el 17 de junio de 2005, la Sala accionada resolvió confirmar en todas sus partes el fallo del 3 de octubre de 2002, adoptado por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, pero por las consideraciones vertidas en la providencia.

Expuso el ad quem, respecto del material probatorio aportado para establecer el daño causado, que “el dictamen pericial que fue solicitado por la parte actora (...) y su ulterior aclaración (...) no ofrecen convicción alguna a esta Sala, ya que en todos simplemente se limitan a expresar el valor comercial de los locales 1^a, 1B y 1C, sin que aparezca por ninguna parte del plenario la demostración del lucro cesante o del daño emergente, es decir, no se probó que los locales con ocasión de las medidas cautelares, no hayan podido ser arrendados, o que sobre ellos se hubiera constituido una promesa de contrato o se haya visto frustrada la venta de los locales”.

Ahora bien, el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil dispone que contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, en el ámbito de “procesos Ordinarios o que asuman este carácter (...) cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁵” procede el recurso de casación; además el artículo 368 del mismo ordenamiento señala, entre las causales que dan lugar a instaurar el recurso, ser la sentencia consecuencia de error de hecho en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

Cabe precisar, también, que esta Corporación se ha referido a la posibilidad de “fundar un cargo en casación por violación de normas de la Constitución” y ha destacado que “en razón de la primacía que se reconoce a los derechos constitucionales fundamentales es obligatorio para el tribunal de casación pronunciarse oficiosamente sobre la violación de éstos, aun cuando el actor no formule un cargo específico en relación con dicha vulneración”.¹⁶

Quiere decir entonces que el amparo impetrado habrá de rechazarse, porque la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales y la actora no recurrió la sentencia proferida en segunda instancia, por la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Barranquilla, pudiendo hacerlo, como quiera que en el asunto, siguiendo el trámite previsto para el proceso Ordinario, se negaron por razones probatorias pretensiones de resarcimiento que superan los mil millones de pesos, susceptibles de considerar en casación.

5. Conclusiones. Rechazo por improcedencia de la acción

La Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia niega a la actora el amparo invocado, en cuanto considera que la sentencia que resolvió el recurso de apelación, interpuesto contra el fallo que negó las pretensiones de resarcimiento, en el proceso Ordinario promovido por Bertha Fernández de Jerman contra el Banco Central Hipotecario S.A. tiene sustento objetivo en una interpretación de las respectivas normas aplicables y los hechos del caso concreto, circunstancia que impide su desconocimiento por vía constitucional”.

No se detiene el juez de instancia en la procedencia de la acción, en su lugar se pronuncia sobre el contenido mismo de la sentencia controvertida para negar la pretensión, en cuanto encuentra razonable que la Sala accionada haya desestimado el daño, al no encontrar probados los elementos que estructuran la responsabilidad.

De manera que la sentencia habrá de revocarse para, en su lugar, rechazar la acción impetrada por improcedente, en razón de que cualquiera fuere el contenido de la sentencia que la actora controvierte y los errores en que la accionada hubiere incurrido al proferirla, las partes, en cuanto permitieron su ejecutoria, tendrán que acatarla ineluctablemente.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 27 de marzo del año en curso, por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia que niega la acción de tutela instaurada por Bertha Fernández de Jerman contra la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Barranquilla, para en su lugar rechazar el amparo por improcedencia de la acción.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591

de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, sentencia proferida el 3 de octubre de 2002, Ordinario de Bertha Fernández de Jerman contra Banco Central Hipotecario S.A.

2 Demanda Ejecutiva con Título Hipotecario presentada por el Banco Central Hipotecario S.A. contra Bertha Fernández de Jerman y Fernando Jerman Fernández el 29 de octubre de 1982.

3 Demanda Ordinaria de Mayor Cuantía, instaurada por Bertha Fernández de Jerman contra el Banco Central Hipotecario el 30 de septiembre de 1999.

4 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sobre el particular la sentencia citada señaló que “(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer

realidad los fines que persigue la justicia.”

6 Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad esta Corte declaró inexequible la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, como quiera que “la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados”.

7 Al respecto Cfr entre otros, los autos 220A/02, 149A/03, 010/04 y la sentencia SU-1158/03.

8 En este aparte se hace referencia a la propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.182 en la cual se propone restringir el ámbito de aplicación de la tutela y los debates consecuentes hasta la votación definitiva del texto del hoy artículo 86 de la Constitución. Dicha propuesta fue votada y negada por la Asamblea.

9 Sentencia 173/93.

10 Sentencia T-504/00.

11 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

12 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

13 Sentencia T-658-98

14 Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

16 Sentencia C-596 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.