

SENTENCIA T 874-09

(Noviembre 27; Bogotá D.C.)

Referencia: Expediente T-2.327.793.

Demandante: Banco Davivienda.

Demandado: Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

El apoderado judicial del Banco Davivienda, anteriormente Granbanco, interpuso acción de tutela contra el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá. Pretende que se declare que el Juzgado incurrió en una vía de hecho al proferir la providencia de 27 de noviembre de 2008 en la que decidió que Granbanco S.A. (Bancafé), hoy Banco Davivienda, conjuntamente con la Corporación Fondo de Empleados Bancarios y del Sector Financiero – Corbanca, debe pagar al señor Mario Nel Rojas Guerrero la suma de \$376.985.286.00 como perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, así como la suma de \$92.300.000.00 por daño moral, detrimento comercial y afectación del buen nombre, perjuicios todos derivados de las medidas cautelares decretadas y practicadas dentro del proceso ejecutivo No. 2006-0114 que se adelantó en el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá.

1. Elementos de la demanda:

- Derechos fundamentales invocados: Debido proceso y acceso a la justicia.
- Conducta que causa la vulneración: Auto de liquidación de perjuicios proferido el 27 de noviembre de 2008 por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá.
- Pretensión: Que se ordene al Juzgado accionado expedir una providencia conforme a los fundamentos de derecho que se determinen en la respectiva sentencia de tutela.

1.2 Fundamentos de la pretensión:

El accionante la fundamenta con las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1. El 27 de enero de 2006, el Banco Cafetero S.A. en liquidación, inició mediante apoderado judicial proceso ejecutivo singular en contra del señor Mario Nel Rojas Guerrero, para que se le pagara una obligación por cuantía de \$2.187.474.64 como capital y \$118.259.35 por intereses corrientes o de plazo y los intereses de mora que se liquidaran desde la presentación de la demanda y hasta la fecha en que se produjera el pago efectivo de la obligación, la que constaba en un contrato de mutuo suscrito por el demandado.

1.2.2. El proceso le correspondió por reparto al Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá que lo radicó y admitió, librando mandamiento de pago el 28 de febrero de 2006.

1.2.3. Como medida cautelar se solicitó y obtuvo dentro del proceso, el embargo y secuestro de un inmueble de propiedad del ejecutado Mario Nel Rojas Guerrero sobre el cual el Banco tenía garantía hipotecaria, el que estuvo afectado con las medidas cautelares mencionadas desde el 31 de octubre de 2006 hasta el 23 de noviembre de 2007.

1.2.4. Al proceso se vinculó la Corporación Fondo de Empleados Bancarios del Sector Financiero - Corbanca, el 25 de octubre de 2006, mediante cesión de derechos que el Banco demandante le hacía a Corbanca, cesión que fue debidamente aceptada por el Juzgado mediante auto de 2 de noviembre de 2006.

1.2.5. El demandado Mario Nel Rojas Guerrero se notificó del mandamiento de pago librado el 21 de noviembre de 2006, y mediante apoderado judicial propuso la excepción de pago de la obligación, por cuanto el 11 de agosto de 2006 había realizado el pago del saldo de la deuda que se perseguía judicialmente, para lo cual aportó un certificado de paz y salvo expedido por un funcionario del Banco.

1.2.6. El Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, el 6 de noviembre de 2007 dictó sentencia que puso fin al proceso ejecutivo, admitiendo la excepción de pago formulada por el demandado y condenando al ejecutante a pagar las costas y los posibles perjuicios que la parte demandada hubiera podido sufrir con ocasión de las medidas cautelares y el proceso. Ordenó que la liquidación de perjuicios se tramitara de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 307 del C. de P.C.

1.2.7. El 21 de febrero de 2008, el señor Mario Nel Rojas Guerrero, mediante apoderado judicial, presentó incidente de liquidación de perjuicios en contra del Banco Cafetero o Granbanco S.A., o quien actualmente represente sus intereses tendiente a que se le reconocieran perjuicios a título de daño emergente por la suma de \$180.000.000.00 correspondientes a los dineros que dejó de recibir por una presunta compraventa prometida al señor Bernardo Ruíz respecto al inmueble embargado dentro del proceso, negocio que no se perfeccionó por estar el inmueble fuera del comercio. La suma de \$60.000.000.00 correspondientes al dinero que Mario Nel Rojas Guerrero debió solicitar a Corbanca, prestados, según el dicho del señor Rojas Guerrero, para solucionar los problemas inmediatos de liquidez económica que lo afectaban, ante la imposibilidad de disponer de su patrimonio como consecuencia de las medidas cautelares. La suma de \$92.300.000.00 correspondientes a los perjuicios morales causados por razón de la afectación de su buen nombre y su crédito comercial. La suma de \$135.872.060.00 correspondientes a la suma proyectada por la entidad Corbanca, acreedora del crédito que el ejecutado obtuvo, proyectado a 180 cuotas mensuales. Sobre todas estas sumas se solicita indexación.

1.2.8. Luego se hace una relación de las pruebas aportadas sobre los presuntos daños y perjuicios causados con las medidas cautelares. Manifiesta el apoderado de Davivienda que Mario Nel Rojas Guerrero se limitó a presentar copia informal de unas certificaciones remitidas por Corbanca, sobre la adquisición y existencia de un crédito por cuantía de

\$60.000.000.00, una carta de requerimiento enviada al demandante el 26 de diciembre de 2006, y una proyección de pagos de un crédito anterior. Igualmente, pidió y recepcionó el testimonio de Bernardo Ruíz, presunto comprador del inmueble ubicado en la diagonal 18 sur No. 56 A - 40, con matrícula inmobiliaria 50S-75883. Se pidió y recepcionó el testimonio de Armando Gámez sobre la presunta afectación al buen nombre y el crédito comercial de Mario Nel Rojas Guerrero. También se pidió y obtuvo prueba pericial sobre el valor de los perjuicios.

1.2.9 El 23 de abril de 2008, previo nombramiento por parte del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, el señor Jairo Acosta Lozano, quien es abogado de profesión, no contador bancario, calculista actuario o economista, aceptó el cargo de perito, y en tal condición, el 20 de mayo de 2008 presentó el trabajo de liquidación de daños y perjuicios alegados por Mario Nel Rojas Guerrero, los que tasó sin ninguna fórmula de juicio y sin ningún soporte probatorio válido, partiendo de las mismas cifras pedidas por quien promovió el incidente.

1.2.10 El 23 de junio de 2008 el Banco Davivienda en su condición de causahabiente de Granbanco, por efectos de la fusión por la absorción ocurrida entre las dos entidades financieras, describió el traslado del peritazgo realizado dentro del incidente de regulación de perjuicios y formuló objeción por error grave.

1.2.11 Igualmente, formuló ese día nulidad de todo lo actuado dentro del proceso en los términos del artículo 140 numerales 7 y 9 del C de P. C. toda vez que la entidad que es objeto de condena Granbanco, no es parte en el proceso, por cuanto quien radicó la demanda original fue el Banco Cafetero en liquidación S.A. pero aún en gracia de discusión por efectos de la cesión del crédito efectuado a la Corporación Fondo de Empleados Bancarios y del Sector Financiero, Corbanca el 26 de octubre de 2006, como consta en la demanda Granbanco S.A., hoy Banco Davivienda S.A. no es sujeto procesal dentro del proceso.

1.2.12 Mediante auto del 24 de julio de 2008, el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, declaró infundadas las nulidades alegadas, negó de plano el incidente de nulidad propuesto, argumentando que las casuales alegadas no se habían dado.

1.2.13 Habiendo ejercitado oportunamente los recursos de reposición y apelación contra

el auto de 21 de julio de 2008, el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, negó los recursos interpuestos. El de reposición al afirmar que era infundado, y el de apelación por tratarse de un proceso de única instancia en razón de la cuantía de la acción ejecutiva que dio lugar al incidente de regulación de perjuicios, que es un proceso ejecutivo de mínima cuantía.

1.2.14 El 29 de agosto de 2008 ejercitó recurso de queja contra el auto de 26 de agosto de 2008, que fue resuelto por el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, que fue despachado sin darle trámite, por tratarse de un proceso ejecutivo de mínima cuantía, que es de única instancia.

1.2.15 El 27 de noviembre de 2008, sin que se hubiese decidido la objeción por error grave formulada contra el peritazgo realizado por el auxiliar de Justicia Jairo Acosta Lozano, el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá dio por probados los daños y perjuicios alegados por el señor Mario Nel Rojas Guerrero, dando plena credibilidad al peritazgo que había sido objetado por error grave.

1.2.16 El apoderado judicial del Banco Davivienda manifiesta que agotó los recursos de reposición y apelación contra el auto de 27 de noviembre de 2008 que condenó a Granbanco S.A. hoy banco Davivienda S.A. a pagar conjuntamente con su litisconsorte Corporación Fondo de Empleados Bancarios y del sector Financiero Corbanca, la suma de \$376.985.286.00 como perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante; \$92.300.000.00 como perjuicios por daño moral, detrimento comercial y afectación del buen nombre. Los recursos fueron negados por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, de plano.

Anexó como pruebas las siguientes:

1. Copia de la providencia objeto de la tutela.

2. Se oficie al Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá para que se remita el expediente del proceso Ejecutivo No. 2006 - 1114 de Granbanco vs Mario Nel Rojas Guerrero.

2. Respuestas a la acción de tutela interpuesta por el apoderado de Davivienda contra el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá el 9 de marzo de 2009.

2.1 Del Juez 12 Civil Municipal de Bogotá:

Considera que los actos que se reprochan como vulneradores del debido proceso no fueron desvirtuados dentro del proceso correspondiente, estos fueron proferidos conforme a derecho y sobre ellos existe la presunción de licitud y legitimidad.

En su opinión lo que se ataca es el auto interlocutorio mediante el cual se condenó al accionante al pago de daños y perjuicios, por cuanto según se manifiesta no había ningún soporte probatorio, y no se habían establecido los requisitos elementales de la responsabilidad civil por el abuso del derecho.

Que lo pretendido por el demandante en tutela es revivir oportunidades procesales perdidas por causas atribuibles a la incuria o el descuido de los interesados, pretendiendo darle el carácter de tercera instancia a la acción de tutela. Señala que en el trámite del incidente éste no lo contravirtió, ni solicitó pruebas, ni se hizo presente cuando se rindieron los testimonios, la actuación se limitó a desvirtuar un peritazgo, respecto del cual el despacho dio respuesta oportuna y jurídica. La falta de acción de la parte afectada por desidia, desinterés, o cualquier otra consideración no justifica la afectación del principio de seguridad jurídica y del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Aduce que no omitió su deber de sustentar las providencias atacadas, y en particular la que resolvió el incidente de liquidación de perjuicios. Del estudio de los testimonios, del peritazgo y de las piezas procesales que obran en el expediente, conjuntamente con las razones que se adujeron para sacar conclusiones demuestran que la decisión fue adoptada racionalmente y en derecho, con un fundamento fáctico suficientemente demostrado.

Que el argumento relacionado con la no existencia del nexo causal entre los hechos que se alegan con el daño causado, se cae de su peso, porque en memoriales allegados por el apoderado de la entidad accionante reconoce que pudo haberse causado un daño, pero lo que objeta es la cuantía del mismo.

Finalmente, manifiesta que no ha habido violación de los derechos fundamentales del accionante.

Después de hacer referencia a las pretensiones y a los hechos de la acción de tutela, manifiesta que han sido reiterados y temerarios los recursos que ha empleado Granbanco, ahora Banco Davivienda S.A. para no pagar a su mandante un perjuicio por abuso del derecho.

Considera que Corbanca que ingresó al proceso como litisconsorte antes de las excepciones guardó silencio y se ha allanado a todas las providencias proferidas por el Juzgado, por cuanto es consciente del error en que incurrieron con una demanda a todas luces temeraria.

Que en el interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal del Banco demandante se intentó negar la cancelación de la obligación, alegando que el paz y salvo y el levantamiento de la hipoteca que garantizaban el crédito habían sido expedidos por error de un funcionario, sin haber tachado de falsos esos documentos y habiendo reconocido con anterioridad ese pago ante el Juzgado.

Afirma que las actuaciones del apoderado de la entidad demandante han tenido por objeto entorpecer el proceso, con la esperanza de no pagar una condena legalmente proferida. Que se presentan causales de temeridad o mala fe contempladas en los numerales 1 y 5 del artículo 74 del C de P. C. y ameritan las sanciones pertinentes, sin perjuicio de las acciones disciplinarias ante el Consejo Superior de la Judicatura y ante la Superintendencia Financiera, que frente al demandante y a su apoderado se propone iniciar.

En su opinión la acción de tutela resulta absolutamente improcedente, por cuanto se propone dejar sin efectos actuaciones judiciales ya consolidadas, sobre las cuales ha interpuesto el banco demandante los recursos y las nulidades pertinentes. No se ha desconocido ni el debido proceso, ni el acceso a la justicia.

Las pruebas en el proceso y en el incidente fueron practicadas, controvertidas y analizadas en legal forma, frente a lo cual no puede el Banco demandante pretender desconocer la independencia de los Jueces alegando que se vulneró el debido proceso porque la decisión le resultó adversa, lo que ocurrió por su propia culpa al abusar del derecho pretendiendo el pago de una obligación que le fue cancelada oportunamente.

La autonomía de los jueces debe prevalecer en aras de preservar la independencia de las decisiones judiciales, pues la tutela no ha sido instituída como tercera instancia, ni para controvertir decisiones judiciales legalmente proferidas.

Que en el presente caso las decisiones de tutela no constituyen vía de hecho, porque el auto de condena no carece de fundamento objetivo, no obedeció a la voluntad del fallador, sino al resultado del análisis probatorio y no vulnera derechos del Banco demandante, sino que restituye los que el Banco vulneró con su injusta demanda.

Señala que es temeraria la pretensión de Granbanco, ahora Davivienda, de posar como agente oficioso de Corbanca para pedir en su favor la tutela cuando esta entidad con su silencio se ha allanado a todas las decisiones del Juzgado.

Fue el Banco el que vulneró los derechos fundamentales constitucionales al demandante, pues con su actuación le causó perjuicios, los que están demostrados.

Transcribe luego las alegaciones que ya ha presentado como apoderado del señor Rojas Guerrero en el proceso, dado que Granbanco insiste en los mismos hechos y argumentos.

Finalmente, afirma que los perjuicios morales por afectación del buen nombre y causados al demandado, también aparecen demostrados con las declaraciones sobre su imagen y su estado de ánimo como producto de la persecución injusta por parte del Banco demandante, a través de las medidas cautelares sobre el inmueble. Además, la tasación, dada la dificultad de valorar un perjuicio de esas características está muy por debajo de lo que usualmente el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han aceptado en casos similares, hasta 500 salarios mínimos mensuales.

Solicita entonces, que se niegue la acción de tutela presentada, respetando la independencia de los jueces y la certeza jurídica de los fallos judiciales.

3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1 Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, de 21 de mayo de 2009.

El Juez de Instancia negó el amparo, por considerar que Granbanco sí es parte en la

acción ejecutiva, y que en cuanto al monto señalado en el incidente de regulación de perjuicios, ésta situación debió debatirse al interior del proceso, no siendo susceptible de modificación mediante la acción de tutela.

3.2 Impugnación:

El señor Guillermo Alberto García Cadena, en su doble condición de abogado y Representante legal del Banco Davivienda S.A., entidad absorbente de Gran banco - Bancafé, impugnó la sentencia proferida en primera instancia, por considerar que existen vías de hecho en las que incurrió el Juez accionado al tramitar el incidente de liquidación de perjuicios.

3.2.1 Capricho y manifiesta parcialidad del Juez 12 Civil Municipal. Vía de hecho por defecto fáctico:

Insiste en que ninguna de las escasas y precarias pruebas practicadas dentro del trámite incidental de regulación de perjuicios materia de la controversia permite llegar a la conclusión que el señor Rojas Guerrero padeciera un daño material cuantificable en la escandalosa y arbitraria suma de \$376.000.000.00, ni tampoco perjuicio moral por \$92.000.000.00. Son valores que caprichosamente señaló el Juez 12 Civil Municipal, mediante una decisión parcializada y manifiestamente opuesta al ordenamiento jurídico, que prevaliéndose de que se trataba de un proceso de única instancia y que por ende carecía de apelación, transformó un proceso ejecutivo por cuantía de \$4.000.000.00 en un incidente de perjuicios por \$460.000.000.00.

Solicita pronunciamiento expreso por parte del Tribunal sobre los siguientes puntos:

- El dictamen pericial acogido por el Juez accionado como soporte de su decisión sólo fue la simple actualización con el IPC de las sumas que el señor Rojas Guerrero estimó como perjuicios causados. Claramente se ve que el auxiliar de la justicia se limitó a indexar las sumas aludidas, lo que equivale a decir que la versión del perito es la misma de quien promovió el incidente, sólo que con los ajustes matemáticos de rigor. Este dictamen no debió ser tenido en cuenta por el juez para proferir la exorbitante condena señalada. Se presentó vía de hecho por defecto fáctico en la valoración de la prueba y por ende violó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al

buen nombre de Granbanco, hoy Banco Davivienda.

- La vía de hecho probatoria se hizo más aberrante con la patente equivocación del Juez accionado, consistente en estimar como perjuicios materiales el valor de un crédito de vivienda por \$60.000.000 que el incidentante solicitó a Corbanca. No existe prueba del nexo causal entre la práctica de las medidas cautelares y el hecho de haber pedido el citado crédito. Se pregunta entonces cuál es el fundamento serio para calificar el capital de ese crédito como un daño material. Además, la certificación expedida por Corbanca y que obra en el expediente, determina que el crédito solicitado y desembolsado al señor Rojas Guerrero fue bajo la modalidad de vivienda, lo que muestra el objeto de su inversión.

- El Juez accionado al proferir el auto que definió el incidente de perjuicios que se cuestiona, consideró como perjuicios materiales, a título de lucro cesante, la totalidad de los supuestos intereses que causaría ese crédito en los próximos años. Se condenó a Granbanco sobre la base de unos perjuicios absolutamente imaginarios.

3.2.2 Vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico. Ausencia de legitimación por pasiva:

Se condenó a Granbanco - Bancafé, hoy Banco Davivienda, a pagar unos perjuicios causados dentro de un proceso judicial en el que esa entidad no es parte. El ejecutante era Banco Cafetero S.A. en liquidación y no Granbanco - Bancafé, persona jurídica distinta. Que con independencia de que en la demanda inicial se hubiera hecho mención a Granbanco, el Juez posteriormente reconoció como nuevo ejecutante a Corbanca, y admitió que el ejecutante inicial era Banco Cafetero S.A. en liquidación. No se podía por tanto condenar a Granbanco a pagar los perjuicios causados con las medidas cautelares.

Se solicita que se deje sin efectos jurídicos el auto por el cual se definió el incidente, sino además todo el absurdo trámite que se dio, inclusive en la sentencia previa, con el fin de que se profiera un nuevo fallo en el que se precise claramente que los ejecutantes y eventuales responsables de algún perjuicio son las entidades antes citadas y no Granbanco.

3.3 Segunda Instancia: Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá de 18

de junio de 2009.

Revocó la sentencia proferida por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá. Concedió la tutela amparando el debido proceso del demandante. Ordenó dejar sin valor ni efecto el auto de 27 de noviembre de 2008, por el cual se decidió el incidente de regulación de perjuicios, y en su lugar, proceder a resolverlo nuevamente teniendo en cuenta lo precisado en la sentencia.

Se consideró que en principio la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha previsto la procedencia de este mecanismo de protección siempre y cuando se presente una de las llamadas “causales genéricas de procedibilidad”, noción que además de las tradicionales vías de hecho incorpora otros defectos adicionales que no pueden catalogarse necesariamente como una “violación flagrante y grosera de la Constitución”. Se cita la sentencia T-453/05 de la Corte Constitucional.

El defecto fáctico se configura cuando la decisión es abruptamente contraria al sustento de hecho del proceso, ya sea cuando por una defectuosa apreciación probatoria se tienen por probados hechos sin estarlo, o cuando se asume como no demostrados los que sí lo están.

En el caso de autos el Juzgador tuvo por demostrado que se dejó de vender el predio del incidentante, a causa de encontrarse bajo el peso de la medida de embargo decretada en el proceso, con base en el testimonio rendido por el señor Bernardo Ruiz Martínez. Sin embargo, del análisis de ese medio de convicción no puede concluirse de modo razonado y fundado que fuera a realizarse el pretendido negocio, pues la interrogación fue un tanto elaborada y dirigida en el sentido de si la única razón por la cual se abstuvo de comprar fue la existencia de la medida cautelar, frente a la cual el deponente contesta: “sí únicamente por la medida cautelar no más”, y además no existen elementos de convicción adicionales como pudiera ser en principio prueba por escrito, una promesa de venta u otros que pudieran ayudar en la tarea de acreditación de la pretendida venta frustrada, por tanto no se encuadra la interpretación probatoria en este caso dentro de la razonabilidad exigida en el ejercicio de tal facultad.

Señala la providencia que resulta muy forzado también concluir que el préstamo que

aduce el señor Mario Nel Rojas le hicieron por \$60.000.000.00, haya tenido como causa el embargo de su inmueble, y es que es necesario que el nexo causal esté plenamente demostrado, lo que no sucede en este caso y no se trata de simple interpretación probatoria, sino que llanamente no existe la prueba.

No aparece por tanto fundamentada la proyección de perjuicios que realizó la entidad Corbanca por el préstamo de \$60.000.000.00, es decir que ni esta suma, ni la de \$135.872.060 se soportan en nexo causal alguno con las medidas cautelares. Esa orfandad probatoria permite afirmar que el haber ordenado la indemnización con apoyo en dicho aspecto, constituye una vía de hecho por defecto fáctico del Juzgado accionado.

Igual situación debe predicarse sobre los agravios morales que se tuvieron por demostrados, pues en lo único que se basó el Juzgador fue en la apreciación subjetiva del incidentante, quien los estimó en el monto de \$92.300.000.00. en el escrito del incidente, ya que si bien es cierto su tasación compete al prudente juicio del Juez también lo es que su existencia debe estar demostrada.

Con lo único que contó el fallador fue con los testimonios de Isaac Herrera y Armando Gámez, quienes en ningún momento atestiguaron sobre esa particular modalidad de perjuicios, pues los dichos se concretan a que la situación económica del señor Rojas Guerrero era difícil, y que ellos le financiaron algunos víveres y le prestaron dinero, lo cual en forma alguna puede constituir prueba suficiente, pues se debe contar con específica demostración, porque tal daño no corresponde a una simple afección normal y predecible frente a un proceso judicial y a la práctica de medidas cautelares, sino que requiere de una mayor cualificación.

Que el incidentante nunca alegó haber sido despojado de su vivienda, tan sólo está acreditado en el proceso que se consumó el embargo, no hubo secuestro, de manera que no puede alegarse perjuicio por privación en el uso y disfrute de la cosa, pues ella siempre ha estado en poder del quejoso.

Concluye la sentencia afirmando que sí se advierte la incursión en evidentes errores fácticos de valoración probatoria por parte del Juzgado accionado, y por tanto, se equivocó el A quo al no conceder la acción de tutela, pues no realizó ningún análisis sobre esta especial causal de procedencia contra providencias judiciales.

Mediante auto de 9 de octubre de 2009 se ordenó al Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, remitir a esta Corporación el expediente que corresponde al proceso de ejecución No. 2006-1114, o que informara en dónde se encontraba.

Se ordenó igualmente al Juzgado mencionado, información sobre el cumplimiento de la sentencia de 18 de junio de 2009, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Acción de Tutela No. 2009 00116 02 del Banco Davivienda S.A. contra el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, y además, sobre el estado actual del proceso.

5. Comunicación de la Secretaría General de la Corte Constitucional:

Mediante comunicación del 22 de octubre de 2009, se informa que se recibió el oficio No. 3124 de 14 de octubre de 2009, firmado por el doctor Francisco Alvarez Cortés, Juez 12 Civil Municipal de Bogotá, con expediente de once (11) cuadernos de 145, 23, 43, 38, 14, 92, 26, 13, 150, 25 y 203 folios.

6. Actuaciones posteriores a la sentencia de segunda instancia:

El apoderado judicial del Banco Davivienda, mediante escrito presentado el 23 de junio de 2009¹, solicitó al Juez 12 Civil Municipal de Bogotá, proceder de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de 18 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, y que oportunamente, al momento de liquidar las costas del incidente, las que serán a favor de Davivienda, tomar en cuenta, e incluir el valor de la póliza de seguros prestada por su mandante, y demás gastos en que tuvo que incurrir su mandante.

El 1 de julio de 2009, el Juzgado dispuso²:

- “1. Dejar sin valor ni efecto el auto de fecha 27 de noviembre del año 2008 el cual resolvió el incidente de regulación de perjuicios,
2. Desestimar las pretensiones solicitadas en el incidente de regulación de perjuicios, teniendo en cuenta las apreciaciones probatorias precisadas en la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.
3. Condenar en costas a la parte incidentante...”

Posteriormente, el 3 de agosto de 2009, el señor apoderado de Davivienda, solicitó que con base en las normas del C de P.C. se efectúe inmediatamente la liquidación de las costas y agencias en derecho generadas dentro del incidente de regulación de daños y perjuicios promovido por el señor Mario Nel Rojas.

A su modo de ver se ha dado un desacato a lo decidido en la sentencia de tutela, y además, un incumplimiento expreso de la regla del artículo 393 del C. de P.C. que ordena que la liquidación se efectúe inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga, o a la de obediencia a lo resuelto por el superior.

Reitera que al momento de liquidar las costas y agencias en derecho, el Juzgado deberá tener en cuenta el valor de la prima de seguros pagada por el Banco Davivienda para impedir la práctica de medidas cautelares por valor de \$17.405.800.00.

Mediante providencia del 5 de agosto de 2009, el Juzgado 12 Civil Municipal, respondió que no se está incumpliendo el fallo proferido por el Juez de Tutela, por cuanto:

“al interior del asunto se observa que se tomaron las apreciaciones probatorias precisadas en la sentencia, además el impulso del proceso depende de las partes y no de este juzgador, como lo quiere demostrar el memorialista. Téngase en cuenta que el deber del Juez es dirigir el proceso, velar por su rápida solución, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que el Código de Procedimiento Civil le otorga.

“Por otro lado se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.00 M/cte, monto que será tenido en cuenta al momento de efectuar la liquidación de costas por la Secretaría del Juzgado.”

A folio 1944 obra solicitud de 6 de agosto de 2009 del apoderado del señor Mario Nel Rojas Guerrero, en que solicita al Juez 12 Civil Municipal de Bogotá que “se abstenga de emitir decisiones relacionadas con la ejecución de los perjuicios a que fue condenada la parte actora, condena que fue anulada por vía de tutela y hasta tanto no se produzca una decisión por parte de la H. Corte Constitucional...”

En el folio 1955 está la liquidación de costas hecha el 18 de agosto de 2009, a la que fue condenada la parte incidentante por valor de \$1.500.000.

Se encuentra escrito presentado por el apoderado del señor Rojas Guerrero, en el que presenta objeción a la liquidación de las costas efectuada por la Secretaría del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, en el que expone lo siguiente:

“1. Mediante esta objeción se pretende que se revoque la fijación de agencias en derecho, petición que se torna oportuna por cuanto el artículo 393, numeral 3 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil determina que la fijación de agencias en derecho sólo puede reclamarse mediante objeción a la liquidación de las costas.

En consecuencia, me encuentro en tiempo oportuno para reclamar mediante esta objeción, a más que se halla en término el traslado de la citada liquidación.

En subsidio pido se retasen las agencias señaladas, y se coloque la mínima legal permitida, por cuanto no se causaron las mismas en el trámite del incidente ni fueron comprobadas.

2. Son argumentos de la objeción los siguientes:

Estatuye el artículo 392 numeral 9 del Código de Procedimiento Civil que “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Significa lo anterior que la condena en costas no es un aspecto automático, sino que se requiere de dos elementos indispensables cuales son: la causación y la comprobación.

Si se observa el incidente de liquidación de perjuicios, no se encuentra que se hayan causado costas a favor de los demandantes y mucho menos que se hayan comprobado...”

“...”

“De otro lado y de manera subsidiaria pido la rebaja al mínimo de las agencias en derecho señaladas, pues la suma fijada es la máxima permitida por los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura, y como se ve la negligencia que ostentó la parte

actora en el incidente, no amerita tal suma máxima y no podrían beneficiarse con ella.”

El 21 de agosto de 2009, el apoderado de Davivienda⁷ al descorrer el traslado de la liquidación de costas, manifestó su desacuerdo con el monto de las agencias decretadas y solicitó que sean improbadas, solicitando se rehagan, por lo que formula objeción a las mismas en los términos del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

Solicita que se revoque en su totalidad la liquidación atacada, se revise el monto fijado como valor de las agencias en derecho, y en consecuencia, se aumente el monto de las agencias ordenadas.

Luego expone varios argumentos que justifican su solicitud y finaliza señalando que “Adicionalmente, la liquidación de costas realizada... desconoce en forma manifiesta el valor de la caución judicial de Compañía de Seguros, cubriendo una prima por cuantía de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (\$17.405.800.00) que fue cubierta por mi mandante y que debe ser incluida al liquidar el rubro de costas judiciales.”

El Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia de 5 de octubre de 2009⁸, dispuso:

“1. DECLARAR INFUNDADA LA OBJECCIÓN DE COSTAS, presentada por los apoderados de las partes

2. APROBAR la liquidación de costas por la suma de \$18.905.800.00 por los motivos expuestos en esta providencia”.

Se hace la distinción entre expensas y agencias en derecho, señalando que las expensas son los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, previstas en el numeral 2 del artículo 393 del C de P. C. y que son los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia y todos los gastos surgidos en el proceso. Las agencias en derecho son la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora. Son valores decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados

entre ésta y aquél.

Finaliza manifestando, "... que en la liquidación de costas efectuada por la Secretaría de este Juzgado, no se incluyó el valor de la póliza judicial presentada por la parte demandada, la cual debe sumarse al valor de las costas causadas por cuanto fueron gastos necesarios ocasionados al interior del asunto. Así las cosas se incluirá este valor al total de la liquidación de costas".

7. Pruebas nuevas allegadas al expediente:

7.1 Contrato de mutuo por \$4.400.000 suscrito entre Mario Nel Rojas Guerrero y el Banco Cafetero el 18 de diciembre de 1992: folios 7 a 15 Cuaderno No. 1.

7.2 Demanda presentada por Bancafé contra Mario Nel Rojas Guerrero el 27 de enero de 2006: folios 42 a 45 Cuaderno No. 1.

7.3 Mandamiento de pago que libró el Juzgado 12 Civil Municipal el 28 de febrero de 2006: folio 49 Cuaderno No. 1.

7.4 Notificación del auto de mandamiento de pago del 28 de febrero de 2006 hecha el 21 de noviembre de 2006: folio 59 Cuaderno No. 1.

7.5 Solicitud para cancelación de hipoteca de fecha 23 de agosto de 2006 suscrita por el señor Mario Nel Rojas: folio 66 Cuaderno No. 1.

7.6 Certificado No. 3268 de la escritura pública No. 5533 de fecha 10 de octubre de 2006, expedido por la Notaría 23 de Bogotá, el 12 de octubre de 2006, de cancelación de la hipoteca constituida a favor de Bancafé, sobre el inmueble ubicado en la Diagonal 18 sur No. 56ª - 40: folios 67 a 68 vto.

7.8 En los folios 71 a 146 en adelante Cuaderno No. 1 obran las actuaciones que se dieron en el proceso ejecutivo contra el señor Mario Nel Rojas Guerrero.

7.9 En el cuaderno No. 4 se encuentran las actuaciones surtidas en el incidente de liquidación de perjuicios, se destacan las siguientes:

7.9.1 Solicitud de liquidación de perjuicios⁹ al Juez 12 Civil Municipal de Bogotá.

7.9.2 A folio 7 certificación expedida por Corbanca de 30 de julio de 2008 en la que consta que a la fecha está vigente un crédito por la modalidad de vivienda financiación con un saldo de capital de (\$59.581.247) a nombre del señor Mario Nel Rojas Guerrero.

7.9.3 Diligencia de testimonios¹⁰ de los señores Isaac Herrera Ariza, Bernardo Ruiz Martínez y Armando Gámez Castellanos.

7.9.4 Peritazgo¹¹ rendido por el señor Jairo Acosta Lozano, el 20 de mayo de 2008, en el incidente de regulación de daños y perjuicios Granbanco S.A. vs Mario Nel Rojas, por valor de \$556.985.286.00.

7.9.5 Aparece aclaración al peritazgo¹² hecha por señor Jairo Acosta Lozano, el 13 de junio de 2008, en el incidente de regulación de daños y perjuicios Granbanco S.A. vs Mario Nel Rojas, en el que concluye que:

“... POR DAÑO EMERGENTE:

\$180.000.000.00

\$60.000.000.00

POR LUCRO CESANTE:

\$135.872.000.00 ...”

7.9.6 Obra Certificado de Tradición y Libertad de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá¹³ del inmueble ubicado en la Diagonal 18 S No. 56A – 40. En la anotación No. 12 de 23 de noviembre de 2007 aparece la cancelación del embargo.

7.9.7 A folios 79 a 85 aparece el escrito presentado el 23 de junio de 2008 por el apoderado de Davivienda en el que objeta por error grave el peritazgo rendido.

7.10 En el Cuaderno No. 7 14se encuentra el Auto de noviembre 27 de 2008, proferido

por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, en el que decide:

“Primero. Declarar probados los perjuicios reclamados por el incidentante, ocasionados por el ejecutante.

Segundo. Declarar infundada y negar en consecuencia, la objeción por error grave de que se acusó al dictamen pericial practicado en este incidente.

Tercero. Condenar al demandante GRANBANCO S.A. y a su litisconsorte necesaria COPORACIÓN FONDO DE EMPLEADOS BANCARIOS Y DEL SECTOR FINANCIERO – CORBANCA, al pago de los perjuicios materiales y morales al ejecutado, MARIO NEL ROJAS GUERRERO en las siguientes cuantías:

La suma \$376.985.286.00 como perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, como quedó anotado en esta providencia.

La suma de \$92.300.000.00 por daño moral, detrimento comercial y afectación del buen nombre, derivado de las medidas cautelares decretadas.

Las anteriores sumas deben ser actualizadas al momento del pago, en la forma que fueron tasadas pericialmente.

Cuarto. Condenar en costas de este incidente al ejecutante...”

7.10.1 A folios 101 a 122 del Cuaderno No. 7 aparece el escrito presentado por el apoderado de Davivienda, en el que interpone los recursos de reposición y apelación contra el auto de condena en perjuicios.

7.10.2 Providencia del 22 de enero de 2009¹⁵ en la que no se repone el auto recurrido y se niega por improcedente el recurso de apelación.

7.10.3 En los folios 138 a 167 se encuentra la acción de tutela presentada por el apoderado de Davivienda.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la decisión proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 23 de julio de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Siete de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad.

Debe la Corte resolver si en este caso se ha configurado una vía de hecho por la actuación judicial en un incidente de liquidación de perjuicios y posteriormente, definir cuál es la solución constitucionalmente más justa para resolver el problema jurídico llevado al conocimiento de la judicatura.

Para responder lo planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia que hace referencia a: i) Tutela contra providencias judiciales y causales de procedencia, ii) Existencia de un defecto fáctico, específicamente por un defecto probatorio y, iii) Planteamiento y solución del caso concreto.

3. Tutela contra providencias judiciales y causales de procedencia.

3.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto vía judicial residual y subsidiaria¹⁶, que se caracteriza igualmente por ofrecer una protección inmediata¹⁷ y efectiva en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o en presencia de estos, cuando se trámite como mecanismo transitorio de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable¹⁸. En sentencia C-543 de 1992, la Corte resaltó el carácter inmediato de la protección que se persigue con la interposición de la acción de tutela, indicando lo siguiente:

“(…) la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de

tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”. (Subrayas fuera del original).

De igual manera, aún cuando la acción de tutela no tiene caducidad para su ejercicio, no se puede recurrir a ella luego de un prolongado transcurso de tiempo desde la ocurrencia de los hechos atentatorios de los derechos fundamentales. De aceptarse su procedencia en tales eventos, se estaría desvirtuando su naturaleza de mecanismo excepcional de protección inmediata y efectiva¹⁹. Deberá entonces proponerse en un término razonable y oportuno²⁰, el cual se evaluará en cada caso concreto, para evitar que se convierta en un factor de inseguridad jurídica²¹.

Ahora bien, cuando se promueve la acción de tutela en contra de una decisión judicial, la misma será viable en tanto persiga la protección de los derechos fundamentales, pues su amparo involucra las decisiones de las diferentes autoridades del Estado de Derecho, incluidas las autoridades que ejercen función jurisdiccional (Art. 2 C.P.). Por ello, la acción de tutela será viable contra una decisión judicial que ha sido proferida con desconocimiento de preceptos constitucionales²².

Al respecto, esta Corporación en sentencia C-543 de 1992, hizo las precisiones correspondientes²³.

3.2 Es necesario que la acción de tutela cumpla con unos requisitos de procedibilidad²⁴. Para ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado un conjunto de causales de procedibilidad de la acción de tutela, así:

3.2.1 Las definidas como generales, que pretenden asegurar que quien acuda a este mecanismo excepcional, lo haga bajo unos lineamientos jurídicamente válidos que aseguren la eficacia de este mecanismo excepcional sin que ello suponga la desnaturalización de la misma. Así, en sentencia C-590 de 2005, se señalaron como requisitos generales de procedencia:

- (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- (ii) 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 irremediable, todo ello en aplicación del principio de subsidiariedad²⁵;
- (iii) 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 vulneración;
- (iv) que tratándose de una irregularidad procesal, se indique claramente el efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora;
- (v) 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 posible²⁶;

Es claro así, que la acción de tutela no está destinada a desplazar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, en tanto es un mecanismo extraordinario²⁷ y no una vía judicial adicional o paralela²⁸ a las dispuestas por el legislador²⁹, y tampoco es una concesión judicial que se le da a las partes para corregir sus errores e incuria procesal³⁰, permitiéndoles recurrir de manera soterrada a la acción de tutela para subsanar tales omisiones.

3.2.2 Las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela, a las que se refiere la Corte en la sentencia C-590 de 2005, deben corresponder a uno de los siguientes defectos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³².

“i. Violación directa de la Constitución.” (Subraya fuera del texto original).

Procede entonces la Sala a resolver si el auto de 27 de noviembre de 2008, proferido por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, por medio del cual se resolvió el incidente de liquidación de perjuicios, constituye una vía de hecho por defecto fáctico.

3.2 Existencia de un defecto fáctico.

El argumento jurídico central de la sentencia de tutela del Tribunal, fue estimar que la prueba obrante en el expediente no era suficiente para adoptar las decisiones del

Juzgado. Estimó el Tribunal, que ni la clase, ni la cuantía de las indemnizaciones decretadas por el Juzgado, eran compatibles con el material probatorio recaudado.

3.3 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Se ha establecido que para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial por defecto fáctico, es necesario que en el expediente respectivo no exista ninguna prueba que permita conducir razonablemente a la conclusión alcanzada por el Juez.³³

“El defecto fáctico consiste en la aplicación del derecho sin contar con las pruebas que permitan demostrar los hechos determinantes del supuesto legal³⁴. En este sentido, la Corte ha encontrado que para que exista una vía de hecho por defecto fáctico es necesario que de las pruebas que obren en el expediente no permitan, de ninguna manera razonable, alcanzar la conclusión a la que llega la decisión que se impugna. Es decir, que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma resulte absolutamente inadecuado para ello³⁵. Este tipo de vicio o defecto ha sido explicado por la jurisprudencia de la Corte en distintas decisiones tal y como se expone en la siguiente cita:

“Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”³⁶, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “la adopción de criterios objetivos³⁷, no simplemente supuestos por el juez, racionales³⁸, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos]³⁹, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”⁴⁰

“La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: 1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera

arbitraria, irracional y caprichosa⁴¹ u omite su valoración⁴² y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.⁴³ Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez⁴⁴. 2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.⁴⁵

“En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a una vía de hecho por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁴⁶ 47 48

“Defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica: Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido, es el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.”

“En torno al papel que desempeña el juez constitucional frente a este defecto, la Corte ha precisado que “el rol del juez constitucional no consiste en suplantar al juzgador de instancia en su tarea de valorar autónomamente los medios de prueba arrimados en forma legal y oportuna al informativo, sino en determinar si al realizar tal actividad incurrió en una ostensible y evidente irregularidad.⁴⁹

3.4 Análisis del caso concreto.

La Sala confirmará la decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que como juez de segunda instancia revocó la sentencia proferida por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, el 21 de mayo de 2009, en la acción de tutela promovida por Banco Davivienda contra el Juzgado 12 Civil Municipal de la misma ciudad y en su lugar concedió el amparo al debido proceso de la accionando, ordenando “que el Juzgado 12 Civil Municipal de la ciudad, en el término de cinco días contados desde la notificación de esta providencia, deje sin valor ni efecto su auto de 27 de noviembre de 2008, por el cual decidió el incidente de regulación de perjuicios respecto del cual se ha hecho mérito, y en su lugar proceda a resolverlo nuevamente teniendo en cuenta los precisado en esta providencia”.

En resumen, lo que encontró el Tribunal, y que la Sala comparte, es lo siguiente:

-No hay prueba que permita deducir que el predio del señor Mario Nel Rojas Guerrero no se pudo vender por culpa del embargo decretado dentro del trámite del proceso ejecutivo. La manifestación inducida de un testigo en el sentido de que exploró la posibilidad de comprar y se abstuvo de hacerlo por razón del embargo, no puede servir de fundamento para llegar a la conclusión de que la no venta del inmueble generó un perjuicio que debe ser resarcido por la contraparte. Pero aún admitiendo que la no realización de la potencial transacción generó un perjuicio, y que ello se debió a la circunstancia del embargo, no existe prueba alguna de que tal perjuicio equivale a la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000), valor estimado del inmueble. Además, como bien lo dice el Tribunal, ni siquiera existe una promesa de compraventa que permita deducir la existencia de una voluntad cierta de las partes dirigida a perfeccionar la transferencia del dominio.

- También se tuvo en cuenta en la tasación de los perjuicios generados por el embargo, la circunstancia de que el señor Mario Nel Rojas Guerrero, parte ejecutada en el proceso ejecutivo promovido por la entidad financiera que después se convertiría en Banco Davivienda, y promotor del incidente de regulación de perjuicios, solicitó un crédito a una entidad denominada CORBANCA, por sesenta millones de pesos (\$60.000.000), deuda que según la entidad acreedora asciende hoy, con las respectivas actualizaciones e intereses, a una suma cercana a los ciento treinta y seis millones de pesos. El Juez Doce Civil Municipal consideró que esta cantidad debía sumarse al monto de los perjuicios que

debe pagar la entidad financiera ejecutante. Sin embargo, el Tribunal, en sede de tutela, concluyó con razón que no existe prueba de nexo causal alguno entre la existencia de dicho crédito y la circunstancia del embargo sobre el inmueble originado en un contrato de mutuo distinto. No basta la concomitancia temporal entre el proceso ejecutivo, por un lado, y el otorgamiento de un segundo crédito con entidad financiera distinta, por el otro, para concluir que los dos eventos están relacionados.

-Tanto en el caso de la no venta del inmueble, como en este de la solicitud del crédito a CORBANCA, habría sido necesario demostrar que el señor Rojas Guerrero dependía para su subsistencia única y exclusivamente de los ingresos que le pudiese generar dicho inmueble, cosa que no se demostró.

-Salvo la afirmación misma del ciudadano incidentante, no tuvo el Despacho contra el que se dirige la tutela fundamento alguno para determinar que los perjuicios morales a favor del señor Rojas Guerrero ascendían a la suma de noventa y dos millones trescientos mil pesos (\$92.300.000). Obran en el expediente dos testimonios que dan cuenta del deteriorado estado de ánimo del señor Rojas Guerrero, y del auxilio financiero que ocasionalmente le prestaron, pero no hay nada en dichas declaraciones que permita cuantificar los perjuicios morales sufridos por el incidentante a causa del embargo en la suma a la que llegó el Despacho accionado.

Como consideración adicional, agrega la Sala que la excepción de pago fue presentada por el incidentante en noviembre de 2006, y la sentencia que la admitió y por tanto puso fin al proceso ejecutivo se profirió un año después, lo que quiere decir que cualquier perjuicio que eventualmente haya podido sufrir el ejecutado no es atribuible ni exclusiva ni principalmente a la parte ejecutante, pues, en el caso de que en efecto se haya presentado el daño, éste podría también atribuirse al prolongado lapso transcurrido entre la formulación de la excepción y su prosperidad.

De conformidad con la abundante jurisprudencia en materia de tutelas contra providencias judiciales, y específicamente, la relacionada con la existencia de defectos fácticos en las providencias atacadas vía tutela, no le corresponde al juez de tutela en casos como el presente realizar nuevamente la valoración probatoria que le corresponde al juez ordinario competente, ni sustituir a éste en la decisión sobre el fondo del asunto.

Su papel, en calidad de juez constitucional, se circunscribe a examinar si la decisión prescinde de manera evidente de cualquier fundamento probatorio, lo que constituye violación directa del artículo 29 de la Constitución. Ha dicho la Corporación sobre este punto que “la configuración del defecto fáctico se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva, esto es, cuando el funcionario judicial i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) cuando excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o cuando iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales. En esa medida, lo que corresponde al juez constitucional es evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso.”⁵⁰. Se ha entendido que “en virtud de esta garantía constitucional de autonomía y competencia de los operadores judiciales, la Corte ha concluido que sólo ante una valoración probatoria ostensiblemente incorrecta, se configura el defecto fáctico”⁵¹ y que por lo tanto, “la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural al material probatorio es extremadamente reducida pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediatez, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio...El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”⁵²

En el presente caso, la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el

otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta –lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez.

Además de estos errores “ostensibles, flagrantes y manifiestos” en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa valoración probatoria, a pagar una suma cercana a las cuatrocientos setenta millones de pesos mcte.

De otra parte, es necesario reiterar aquí que a las personas naturales y jurídicas, como miembros activos de una sociedad democrática y sometida al derecho, se les atribuyen derechos constitucionales, y mecanismos para su garantía y protección, pero ello también implica la existencia de deberes y cargas que si bien pueden ser molestos o perturbadores, hacen parte de los inevitables costos de la convivencia pacífica y civilizada. Buena parte de esos deberes se encuentran enunciados en el artículo 95 de la Constitución, cuyo principio rector es que “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”, una de las cuales es “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”. En materia judicial, esto se traduce en la necesidad ocasional de soportar cargas y realizar actividades, incluso contra la propia voluntad, siempre y cuando éstas se enmarquen dentro de un natural criterio de proporcionalidad y razonabilidad.⁵³ Si la persona voluntariamente decide participar en el tráfico comercial y financiero, y al hacerlo, incurre legítimamente en deudas, debe ser consciente de que un eventual y pasajero incumplimiento de ellas puede conllevar un eventual y también pasajero embargo de sus bienes. Eso fue exactamente lo que sucedió en el presente caso.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el fallo proferido el 18 de junio de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, en el proceso de acción de tutela instaurado por el Banco Davivienda S.A. contra el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá, D.C.

Segundo. Por Secretaría, devuélvase el expediente 2006-1114 de GRANBANCO contra MARIO NEL ROJAS GUERRERO en ocho cuadernos, al Juzgado Doce (12) Civil Municipal de Bogotá, el cual se encontraba en esta Corporación en calidad de préstamo.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T-874 DE 2009

Referencia: expediente T-2.327.793

Acción de tutela del Banco Davivienda contra el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto las apreciaciones de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional que a su vez encontró acertada la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá como ad quem en tutela, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones⁵⁴, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 19 a 21) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte

estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento⁵⁵, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, de por sí está permitida la tutela contra la decisión judicial, cual si fuera un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones a las que se podría otorgar alcances de tal índole, que no

comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

Magistrado

1 Cfr. fl 188 Cuaderno 7

2 Cfr. fl 190 Cuaderno 7

3 Cfr. fl 191 a 192 Cuaderno 7

4 Cfr Cuaderno 7

5 Cfr. Cuaderno 7

6 Cfr fls 196 a 197 Cuaderno 7

7 Cfr fls 198 a 200 Cuaderno 7

8 Cfr fls 201 a 202 Cuaderno 7

9 Cfr. fls 8 a 12 Cuaderno 4

10 Cfr. fls 22 a 25.

11 Cfr. fls 28 a 32 y 64

12 Cfr. fls 68 a 69

13 Cfr. fls 56 a 57

14 Cfr. fls 95 a 100

15 Cfr. fls 127 a 129

16 Cfr. T-827/03, T-648/05, T-1089/05, T-691/05 y T-015/06

17 Cfr. T-570/05

18 C-1225/04, SU-1070/03, SU-544/01, T-1670/00, T-225/93, T-698/04, T-827/03

19 En sentencia T-575 de 2002, se dijo lo siguiente:

“... con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Una percepción contraria a esta interpretación, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela y deja sin efecto el objetivo de garantizar por esa vía judicial la protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos”.

20 T-900/04

21 SU-961/99

22 T-1223/01

23 “(...)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.”

24 C-543/92, T-079/93, T-231/94, T-329/96, T-483/93, T-008/98, T-567/98, T-458/98,

SU-047/99, T-1031/01, SU-622/01, SU-1299/01, SU-159/02, T-108/03, T-088/03, T-116/03, T-201/03, T-382/03, T-441/03, T-001/01, T-057/04, T-289/05, T-489/05.

25 T-161/05

26 T-658/98

27 T-660/99

28 C-543/92

29 SU-622/01

30 C-543/92, T-567/98, T-511/01, SU-622/01, T-108/03

31 T-522/01

32 T-1625/00, T-1031/01, SU-1184/01

33 Cfr. T-953/06.

34 Cfr. T-231/94

35 Cfr. T-231/94 y T-567/98

37 Cfr. SU-1300/01

38 Cfr. T-442/94

39 Cfr. T-538/94

40 Cfr. SU-157/02

41 Cfr. T-442/94

42 Cfr. T-239/96

43 Cfr. T-576/93

44 Cfr. T-442/94

45 Cfr. T-538/94

46 Cfr. T-442/94

47 Cfr. T-039/05

48 Ver T-932/03“... el administrador de justicia dispone de un amplio margen para valorar el acervo probatorio y formar libremente su convencimiento. Pero esto exige que su estimación se sustente en criterios objetivos que ponderen la relevancia de cada prueba, debidamente allegada al proceso. Por esto, cuando no es así y el Juez manifiestamente ignora una prueba u omite su valoración o ésta es claramente inadecuada o insuficiente, o cuando tiene en cuenta pruebas indebidamente recaudadas, y este defecto en la valoración tiene incidencia directa en la decisión se presenta una vía de hecho que hace necesario el amparo vía tutela del derecho al debido proceso.”

49 Cfr. T-336/04

50 T-156-09

51 T-311-09

52 T-264-09

53 En este sentido, ver sentencias C-275/06, C-662/04, C-1104/01, C- 095/01.

54 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008 y recientemente, T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517 y SU-811 de 2009.

55 C-590 de 2005.