El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia:** Sentencia - 2ª instancia - 24 de marzo de 2017

**Proceso:** Acción de tutela – Confirma improcedencia de la acción

**Radicación No.:**  66001-31-05-002-2017-00045-01

**Accionante:** Esperanza Victoria Hoyos Hoyos

**Accionado:** Fondo Nacional del ahorro

**Juzgado de origen:** Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

**Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela** la Corte Constitucional en Sentencia T-003 de 2014 ha dicho“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Marzo 24 de 2017**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 10 de febrero de 2017, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora  **Esperanza Victoria Hoyos Hoyos**, en contra del **Fondo Nacional del Ahorro** a través de la cual pretende que se ampare el derecho fundamental a **vivienda digna** en conexidad con los derechos fundamentales al **debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia.**

#### La demanda

Manifiesta la accionante que el día 26 de noviembre de 1997, celebró contrato de mutuo con el Fondo Nacional del Ahorro, para compra de vivienda de interés social por valor de 15.450.209, capital que a la fecha asciende a la suma de 38.370.855

Indica que en el año 2004 su inmueble fue rematado por la suma de 11.417.000 pero pese a que le fue abonado a dicha deuda un total de $57.024.416 de sus cesantías como funcionaria de la DIAN, aun adeuda a la accionada la suma de 58.729.072 y se encuentra reportada en las centrales de riesgo.

Considera que la entidad accionada no ha hecho los abonos correctamente, generando no solo un daño patrimonial actual sino que también a futuro, existiendo omisión y abuso de la posición dominante y del derecho, al rematar el inmueble sin excluir el factor de capitalización.

Agrega que, sobre la base de que el Fondo Nacional del Ahorro incumplió el contrato y modificó de manera unilateral las condiciones inicialmente pactadas, en el juzgado séptimo administrativo se adelanta acción contractual en la que practicado un peritaje se concluyó que el Fondo Nacional del Ahorro capitalizó intereses, práctica que es constitucionalmente prohibida en razón de lo cual el Juez Séptimo Administrativo en Sentencia proferida el 14 de octubre de 2016 declaró el incumplimiento del contrato y ordenó al Fondo Nacional del Ahorro restablecer el crédito en pesos sin capitalizar intereses, teniendo en cuenta todos los pagos que ha efectuado la señora Esperanza Victoria, además imputar el valor de las cesantías generadas a las cuotas vencidas de manera inmediata al momento de incumplimiento de la respectiva cuota.

Refiere que frente a la sentencia dictada por el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira interpuso recurso de apelación el cual fue rechazado por extemporáneo, auto contra el cual interpuso recurso de queja y actualmente está a la espera de la decisión.

En consecuencia, solicitó se tutele el derecho al debido proceso, igualdad, acceso a la justicia y se ordene al Fondo Nacional del Ahorro aplique eficientemente los valores de sus cesantías excluyendo la capitalización de intereses, aplicando el interés autorizado para crédito de vivienda de interés social, realizando la aplicación de las cesantías en las fechas causadas, de igual manera proceda a entregar las sumas en exceso pagadas debidamente indexadas y con intereses a la tasa vigente, así como la exclusión de las centrales de riesgo.

Igualmente solicitó se ordene al Juez Administrativo del Circuito de Pereira abstenerse de efectuar decisión al respecto y, como medida provisional, se ordene al Fondo Nacional del Ahorro abstenerse de aplicar las cesantías correspondientes al año 2016 hasta tanto no se realicen los ajustes correspondientes, la cual no fue atendida por el despacho de origen al momento de avocar conocimiento de la acción, postergándola hasta el momento de dictar sentencio.

#### Contestación de la demanda

El Fondo Nacional del Ahorro indicó que efectivamente otorgó a la señora Esperanza Victoria Hoyos un crédito hipotecario que fue desembolsado el día 23 de diciembre de 1997, bajo el sistema de amortización gradiente geométrico escalonado en pesos.

Manifiesta que con la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, el sistema de amortización gradiente geométrico escalonado en pesos no fue incluido dentro de los 5 sistemas de amortización que aprobó la ley, en virtud a que ese sistema capitalizaba intereses

Conforme a lo anterior, procedió a liquidar y redenominar los créditos hipotecarios que estaban vigentes al 31 de diciembre de 1999 bajo un sistema de amortización que no capitalizaba intereses, modificando las condiciones pactadas inicialmente en los contratos de mutuo.

Conforme a la ley dicha adecuación se les debía realizar a los contratos de manera inmediata, explicando la nueva modalidad de tasa que se ha de aplicar al capital vigente en UVR, haciendo claridad que la nueva modalidad permite que las cuotas cobradas cubran el interés y además permita abonos ordinarios de capital.

Explica que inicialmente el crédito se concedió a plazo de 180 cuotas, el cual en la actualidad se encuentra a un plazo de 128 cuotas, facturadas en su totalidad y de las cuales 31 se encuentran vencidas.

Respecto al abono de las cesantías del crédito de la accionante indica que estas no se abonan al capital, sino que son abonadas a las cuotas atrasadas razón por la cual los abonos extraordinarios de cesantías efectuados por la señora Hoyos Hoyos no disminuye el capital del crédito, sino que son destinados a sufragar los saldos insolutos de la obligación.

Aclara que lo anterior, se hace con base en la normatividad vigente respecto a las cesantías- acuerdo 2177 de 2016, que establece la pignoración de las cesantías como garantía de los créditos hipotecarios, la cual estará vigente durante toda la existencia de la obligación y a favor del Fondo Nacional de Ahorro, estén o no en este fondo.

Respecto al reporte a las centrales de riesgo, manifiesta que esa entidad reporta toda su cartera mensualmente a dichas centrales, incluyendo las obligaciones que están al día y las que presentan mora desde el día de su vencimiento, sin tener dentro de sus facultades las de realizar retiros de estas, razón por la cual no le es dable acceder a lo peticionado en este sentido por la accionante, máxime cuando ella presenta en la actualidad 3988 días de mora.

Manifiesta que esa entidad no ha vulnerado derecho alguno a la accionante toda vez que ha actuado conforme a la ley y ha cumplido a cabalidad con las solicitudes presentadas por la actora.

Finalmente, se opone a todas las pretensiones por considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante e indica que se puede descartar la existencia de un perjuicio irremediable toda vez que no existe peligro inminente para que la actora acuda a la acción constitucional en su defensa. Deja de presente que adelanta proceso de acción contractual en contra de la aquí accionante, el cual cursa en el juzgado quinto administrativo de descongestión de esta ciudad en el cual está a la espera de ser resuelto el recurso de apelación interpuesto por la señora Hoyos Hoyos.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado negó los derechos fundamentales incoados por la señora Esperanza Victoria Hoyos Hoyos.

Para llegar a tal conclusión afirmó que la acción de tutela resulta improcedente cuando no se han agotado todos los medios de defensa judicial que están al alcance del accionante y como bien lo informó la accionante, en la actualidad existe un proceso de Reparación Directa que se adelanta ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el cual se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, recurso interpuesto por la señora Hoyos.

Lo anterior en cumplimiento del requisito de subsidiaridad que debe practicarse de la solicitud de tutela, mismo que exige el agotamiento de todos los recursos como condición previa para la interposición de la acción de Tutela.

Manifestó que conforme a lo indicado por el accionado en su contestación, se tiene que lo pretendido por la accionante es la protección de derechos económicos, lo cual se escapa del ámbito constitucional, siendo la autoridad competente para conocer del caso la jurisdicción contenciosa administrativa a través del proceso de reparación directa que ya fue presentado y busca lo mismo acá invocado.

#### IV. Impugnación

La accionante impugnó la decisión, basada en los siguientes argumentos:

1. Hay una amenaza y violación de los derechos fundamentales que se encuentra configurada por la omisión de la autoridad desde el inicio de la celebración del contrato con el Fondo Nacional del Ahorro sin que se excluyera la capitalización de intereses.

2. La Corte Constitucional ha manifestado en sentencia T-405 de 2012 que si bien la acción de tutela debe ser interpuesta en un término oportuno, justo y razonable, en los casos en los cuales se reprocha la actuación de las entidades financieras consistente en la variación unilateral de las condiciones iniciales del crédito el requisito de inmediatez resulta inoponible como requisito de procedibilidad.

3. Desde el 2007 que se presentó la demanda hasta hoy han transcurrido casi 10 años sin que exista un pronunciamiento definitivo, ni siquiera se vislumbra la protección al derecho fundamental de vivienda digna que se encuentra en conexidad con otros derechos razón por la cual no puede ser la vía administrativa el camino eficaz y oportuno para la defensa de derechos de rango constitucional cuando el mismo Juez ordinario manifiesta que no se encuentra probado el daño.

4. La amenaza y violación de los derechos fundamentales se encuentra configurada por la omisión de la autoridad desde el inicio de la celebración del contrato de mutuo celebrado con el fondo Nacional del ahorro debido a la no aplicación de cesantías, no reconocimiento de cesantías, inicio del proceso ejecutivo y remate del bien inmueble sin excluir capitalización de intereses.

Por lo anteriormente expuesto, solicita que se ordene al Fondo Nacional del ahorro excluir la capitalización de intereses, aplicar las cesantías correspondientes a los años 1997 y 1998 en las fechas que fueron trasladadas, reconocer intereses a las cesantías causadas antes de los años 1997, aplicar el valor del remanente a valores sin que se capitalicen intereses, ajustar el crédito en pesos como inicialmente fue pactado y abstenerse de aplicar el valor de las cesantías correspondientes al año 2016.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de Justicia, de la señora Esperanza Victoria Hoyos cuando existe de por medio la resolución de un recurso ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ante la cual se tramita un proceso de reparación directa interpuesto por la accionante contra la entidad accionada?

**5.2 Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela**

La Corte Constitucional en Sentencia T-003 de 2014 ha dicho:

*“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.*

*En suma, la acción de tutela solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Ello con el fin de evitar que este mecanismo excepcional, se convierta en principal”*

* 1. **Caso en concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora Esperanza Victoria Hoyos acude al mecanismo constitucional para que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de Justicia toda vez que el Fondo Nacional del Ahorro ha variado las condiciones iniciales de un crédito hipotecario.

En primer lugar debe decirse que la actora en su petición pretende la devolución de unos dineros que presuntamente se han cobrado de más, indexados e incluidos los intereses ocasionados, de lo que se puede inferir que busca por medio de esta acción la protección de derechos económicos, lo cual se escapa del ámbito constitucional, siendo competente para resolver dicha controversia la Jurisdicción Contenciosa administrativa donde ya se adelanta un proceso presentado por la misma accionante contra el Fondo Nacional del Ahorro y en el cual solicitó lo mismo pretendido en la tutela, proceso donde actualmente cursa un recurso de apelación.

Así pues, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cita[[1]](#footnote-1), le resta advertir a la Sala que la acción de tutela como mecanismo subsidiario únicamente procede cuando el actor ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales o cuando existiendo otros medios para la obtención de protección deprecada, estos no resultan suficientes por configurarse un perjuicio irremediable o afectación a un derecho fundamental de tan magnitud apremiante, que haga necesaria la intervención Constitucional. No obstante, en el presente caso tal como fue indicado por la misma accionante, actualmente se encuentra en trámite recurso de queja interpuesto por ella en contra del auto que negó el recurso de apelación por extemporáneo contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira el día 14 de octubre de 2016, y como quiera que la acción de tutela no es una instancia adicional en el trámite procesal, ni reemplaza un mecanismo diseñado por el legislador, no puede entrar a sustituir al Juez Contencioso Administrativo. Lo anterior sin perjuicio de la acción Constitucional que la actora eventualmente pueda ejercer contra la propia judicatura en caso de que retarden injustificadamente la resolución de su caso o le vulneren cualquier otro derecho fundamental, dentro del referido proceso de reparación directa.

En lo que respecta a la intervención excepcional del Juez constitucional, en este caso no se vislumbra la necesidad apremiante de esta, ya que la actora no probó un supuesto fáctico donde se evidencie un perjuicio irremediable, ni una afectación al mínimo vital.

En consecuencia, procede la confirmación de la sentencia de primera instancia en virtud del principio de Subsidiariedad de la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado segundo Laboral del Circuito de Pereira, el 10 de febrero de 2017 dentro de la acción promovida por la señora Esperanza Victoria Hoyos en contra del Fondo Nacional del Ahorro.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Sentencia T-003 de 2014, MP Jorge Iván Palacio Palacio [↑](#footnote-ref-1)