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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Ref: PERTENENCIA de MARÍA FANNY POVEDA RUBIANO y SONIA TERESA POVEDA RUBIANO contra GREGORIO RODRÍGUEZ PEÑALOSA
Rad: 1100131030007-2013-00226-00
Asunto: Sentencia

Procede el Despacho a proferir la sentencia dentro del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del art. 373 del CGP, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Las señoras María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano, mayores de edad y domiciliadas en esta ciudad, a través de apoderado judicial, formularon demanda en contra del señor Gregorio Rodríguez Peñalosa y contra las demás personas que se crean con derecho sobre el inmueble ubicado en la calle 48 C sur No. 31-07- de la Ciudad de Bogotá, de la nomenclatura urbana de aquella Urbe, cuyo número de certificado de libertad y tradición del inmueble es No. 50S-61063, cedula catastral No. BSU 15606, y extensión superficial de 89.60 M2 y unos linderos determinados en el acápite respectivo de la demanda, a fin de que previo el trámite de un proceso de pertenencia se hagan las siguientes

D E C L A R A C I O N E S

Primero: Que mediante sentencia se declare que las demandantes - María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano - adquirieron por prescripción extraordinaria el derecho real de dominio absoluto, perpetuo y exclusivo sobre el inmueble ubicado en la calle 48 C sur No. 31-07- de la Ciudad de Bogotá, de la nomenclatura urbana de aquella Urbe, cuyo número de certificado de libertad y

tradición del inmueble es No. 50S-61063, cedula catastral No. BSU 15606, y extensión superficial de 89.60 M2.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior se ordene la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula correspondiente.

Como hechos sustentatorios de las pretensiones trae el libelo los que se exponen:

Que las señoras MARÍA FANNY POVEDA RUBIANO y SONIA TERESA POVEDA RUBIANO, habitan el inmueble desde el 02 de febrero de 1988, por compra que hicieron a las señoras Lucila Rodríguez S de Riveros, y Carmen Rosa Rodríguez.

Aducen María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano, que fueron víctimas de un engaño por parte de las vendedoras, dado que las aquí demandantes pensaron que habían adquirido el 100% del predio más sin embargo al momento de verificar el certificado de libertad y tradición del inmueble se dieron cuenta que habían comprado el 50% del predio.

Agregan que nunca han conocido a GREGORIO RODRÍGUEZ PEÑALOZA, por lo que con la compra realizada, a las señoras Lucila Rodríguez S de Riveros, y Carmen Rosa Rodríguez, tomaron posesión total e ininterrumpida del predio, además han ejercido posesión sobre el inmueble desde hace más de diez años, en forma quieta, tranquila y exclusiva, asumiendo de forma individual los gastos de mantenimiento del inmueble, el pago de los impuestos, el pago de los servicios públicos, ha efectuado arreglos locativos sin que nadie más ocupe en algún sentido en relación con el inmueble.

Que han permanecido con el animus y el corpus en el inmueble, durante todo el tiempo, sin que nadie haya pretendido si quiera disputarles los derechos que ejercen sobre el bien.

T R A M I T E

Por auto del 16 de mayo de 2013, fue admitida la demanda, y en aquel adiado se dispuso correr traslado a la parte demandada y demás personas indeterminadas los cuales fueron emplazados y al no producirse su concurrencia al litigio se procedió a asignarles curador ad litem, y por intermedio del mismo fueron notificados del auto

admisorio de la demanda quien dentro del término contestó la demanda y no se opuso a las pretensiones de la demanda.

Mediante auto del 19 de junio de 2015 fueron decretadas las pruebas solicitadas, entre otras, recepción de testimonios, e inspección judicial, siendo necesario nombrar a un auxiliar de la justicia en su oficio de perito avaluador de bienes inmuebles con el fin de que efectuara un dictamen al predio e hiciera el acompañamiento pertinente en la diligencia antes citada.

En adiado del 18 de marzo del 2019 se ordenó oficiar a las entidades señaladas en el numeral 6 del artículo 375 *Ibídem.*, a fin que se realizaran las manifestaciones a que hubiere lugar, así mismo se requirió al actor a fin de que instalara una valla en el predio objeto de usucapión de conformidad a los parámetros fijados en el artículo citado en reglones anteriores, y cumplidas las cargas en decisión del 3 de diciembre de 2019 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el art. 375 *Id.*, ha realizarse el 24 de febrero del año 2020, data en la cual no se realizó la misma pues el medio magnético en el que estaba contenida la inspección judicial presentaba problemas, generando ello que el día citado se le requiera al actor para que aportara el mismo en el lapso de cinco días, cumplido lo anterior, mediante decisión del 16 de julio del año que cursa se reprogramó la audiencia para fallo.

El pasado 22 de septiembre de 2020, fue practicada la audiencia de que trata el artículo 375 del Código General del Proceso, donde solamente se surtieron los alegatos de conclusión, pues las demás etapas procesales, como inspección judicial, y recepción de los testimonios ya se habían surtido, del mismo modo se anunció el sentido del fallo.

## II. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, y por lo mismo el proceso debe ser desatado mediante pronunciamiento de mérito, cuando además, no se evidencia tipificación de causal de nulidad generadora de invalidez de la actuación cumplida.

2. Ejercitan las demandantes en este proceso la pretensión de pertenencia que consagra el art. 375 del estatuto procesal, a la que sirve de pilar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que en su favor alega, en relación con el bien determinado en el libelo incoatorio.

3. La prescripción, institución que consagra el art. 2512 del C.C., constituye un instrumento que posibilita, la extinción de los derechos que se pueden tener sobre las cosas por la falta de ejercicio oportuno de las acciones legales, caso en el cual se la denomina extintiva, o la adquisición de ellas por haberlas poseído, evento en el cual es denominada adquisitiva, y esta puede ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción adquisitiva invocada en el sub-lite es la extraordinaria, estando por tanto supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a.- Que la cosa objeto de la pretensión sea susceptible de ser adquirida por el modo de la usucapión.

b.- Que haya sido poseída por el término legal con ánimo de señor y dueño.

c.- Que esa posesión haya sido ininterrumpidamente, y,

d.- Que el bien cuyo dominio se pretende adquirir, se encuentre debidamente identificado en el proceso.

Determina el artículo 762 del C.C., que: *"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño"*.

De este postulado legal, emergen los elementos que la constituyen, a saber, el c*orpus* o elemento objetivo que se traduce en la aprehensión física, material del bien objeto de usucapión y, en el ejercicio sobre él de actos de señorío, que son los que en últimas exteriorizan el otro elemento que la configura, el *ánimus,* de orden subjetivo, propio del fuero interno del individuo y por el cual no reconoce sobre el bien que posee dominio ajeno.

4. Con fundamento en los principios contenidos en las premisas que anteceden el Juzgado examinará los elementos de convicción obrantes en el expediente para establecer si se acreditó la concurrencia de tales requisitos.

A propósito del primer requisito, no existe duda alguna que el inmueble relacionado en el petitum de la demanda es susceptible de apropiación por el modo de la usucapión ya que no hay prueba de que se encuentra dentro de aquellos que la ley sustancial ha declarado como imprescriptibles, ni fuera del comercio. Por ende, es susceptible de apropiación por los particulares.

En cuanto al segundo de las pruebas documentales que militan en el proceso, se advierte claramente que las personas encargada del pago de los servicios públicos del inmueble, son las aquí demandantes, pues al predio llegan recibos a nombre de las dos actoras, véase pues los recibos de telefonía local, los cuales son generados para pago de la señora María Fanny Poveda Rubiano y respecto del Gas Natural aquellos tienen el nombre de titular del servicio el nombre de Sonia teresa Poveda Rubiano, sin que sobre el tema existiere discusión alguna por parte de las demandantes.

De igual modo, se advierte que se logró demostrar que las demandantes también son las encargadas de la protección y cuidado del inmueble objeto de las pretensiones.

También se acreditó con las pruebas documentales allegadas con la demanda, que las demandantes María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano son las encargadas del pago de impuestos cargados al predio identificado en las pretensiones de esta demanda, todas estas pruebas no fueron tachadas o redargüidas de falsas, por lo que el Despacho les otorga la certeza sobre su contenido.

Ahora, de las pruebas testimoniales se tiene que HILDA MARIA PAEZ GARZÓN, aseguró que conoce a las demandantes desde hace más de 20 años, desde el año 1994 aproximadamente y ellas ya vivían ahí, pues desde tal fecha su actual esposo le paga arriendo del local donde se ubica una panadería, Agrego que las demandantes le han hecho mejoras al predio, pues le colocaron pisos, tejado nuevo, agrego al inmueble dos baños, y otra cocina. Y desde que las conoció las tiene como dueñas, pues ellas son las que pagan los servicios públicos y son las personas con las que se firman los contratos de arrendamiento, tanto es así que ellas viven únicamente del fruto del arriendo del local donde se encuentra la mentada panadería. Así mismo indicó a las diligencias que no conoce al demandado.

A su turno el señor VICENTE FAJARDO TORRES, aseguró que desde el año 1994 distingue a las demandantes, dado que él tuvo un contrato de arrendamiento con las señoras Poveda en lo que respecta a la panadería, que ellas siempre han arrendado el local, sumado ellas remodelaron los pisos del segundo piso y han arreglado la casa y aseguró que no le consta que le hallan reclamado por la propiedad a las actoras y aseveró que en la vivienda no ha observado ingresar en ánimo de dueño a otra persona que no sea el aquí reclamante.

Las versiones anteriores, merecen credibilidad por el principio de la originalidad de la prueba, porque se trata de personas que conocieron directamente los hechos que declaran, por su vecindad de años y por haber estado siempre habitando el sector y conociendo a las demandantes. Aunado a lo anterior, todos reconocen al unísono como únicas poseedoras a las demandantes María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano, quien son las personas que han estado al frente del inmueble.

En efecto, al momento de practicarse la inspección judicial por parte del despacho[1], se encontró que las demandantes habitan el bien, lo que se evidencia con toda claridad de la propia prueba de inspección judicial, donde se verificó que en el inmueble ubicado en la calle 48 C sur No. 31-07- de la Ciudad de Bogotá, las demandantes realizan los actos de dueñas sobre la totalidad del bien, ostentando así la calidad de poseedoras.

Por consiguiente, está acreditada la posesión exclusiva ejercida por las señoras María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano en relación con el 50% del predio, pues como se tiene que ellas ocupan el predio en su totalidad, desde el año 1988, es decir, que a la fecha de presentación de la demanda, 4 de abril de 2013, ya habían transcurrido ampliamente los diez años que exige la norma para este tipo de prescripción.

Por último, frente al tercer requisito se tiene que el inmueble fue debidamente identificado y alinderado en la diligencia de inspección judicial, por lo que no hay razón para pensar que pueda tratarse de un bien distinto al relacionado en la demanda.

Concurren, por tanto, los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

Consecuente con lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

[1] Folio 205, fecha de diligencia 1 de noviembre de 2017

1°) Declarar que las señoras María Fanny Poveda Rubiano y Sonia Teresa Poveda Rubiano, ha adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el 50% la propiedad sobre el inmueble ubicado en la calle 48 C sur No. 31-07- de la Ciudad de Bogotá, de la nomenclatura urbana de aquella Urbe, cuyo número de certificado de libertad y tradición del inmueble es No. 50S-61063, cedula catastral No. BSU 15606, y extensión superficial de 89.60 M2, teniendo como linderos los siguientes *"POR EL NORTE: en extensión de 10 metros con el lote No. 681 de la misma ubicación. Hoy con calle 48C sur POR EL SUR: en longitud de 10 metros con la calle 48 C sur de Bogotá. Hoy con inmueble de nomenclatura No. 48C sur-09 sur de la carrera 31. POR EL OCCIDENTE en extensión de 9 metros con el lote No. 682. Hoy con inmueble de nomenclatura calle 48 C sur No. 31-15. POR EL ORIENTE: en longitud de 9 metros con la carrera 32 de Bogotá, actualmente carrera 31"*.

2°) ORDENAR al Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D. C. – Zona sur, cancelar la inscripción de esta demanda en folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-61063.

3°) ORDENAR al Registrador de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D. C. – Zona Centro que registre esta Sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-61063, para lo cual se compulsarán copias auténticas de este fallo a los interesados y se librará el oficio correspondiente.

4°.) Condenar en costas a los demandados a favor de la demandante. En la liquidación inclúyase como agencias en derecho la suma de $2'000.000.oo Mcte.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**3846c8dc0e3ca448b085601c9b02a0098c6f9473daa4929e415cef5cbd494b1f**
Documento generado en 22/09/2020 04:23:27 p.m.

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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Tutela No. 47-2020-00189-00

Revisada el escrito de demanda de amparo de la referencia se observa que de los hechos y las pretensiones de la misma que se está accionando a a un Juzgado Municipal de la Ciudad de Medellin, en ese orden de ideas, el Despacho procede a dar aplicación a lo establecido en el Decreto 1983 del año 2017 Art. 2.2.3.1.2.1., numeral 5° y en consecuencia se RECHAZA la presente acción por carecer de competencia para su conocimiento, y se ORDENA remitir, la actuación a los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín – Reparto, para lo de su competencia.

Comuníquese al accionante mediante telegrama la presente decisión.

Cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**d88e9dc63f26bbd480fe314be5f6c8190cf1fb2346f1fd6bab401ba3ae22ece4**
Documento generado en 22/09/2020 01:45:10 p.m.

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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Tutela No. 47-2020-00161-00

Como quiera que de la revisión al escrito que antecede se observa que la parte accionante interpone impugnación contra el fallo de tutela, se concede la misma para ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, para que se desate la alzada en contra de la sentencia de tutela proferida el 14 de septiembre de 2020.

Por secretaría, remítase el expediente a la Oficina Judicial de Reparto a fin de que se surta su conocimiento ante la Sala Civil del Tribunal Superior de esta ciudad. Comuníquesele a las partes mediante el medio más eficaz.

Para todos los efectos dese cumplimiento a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20- 11546, PCSJA20- 11549, PCSJA20- 11556, PCSJA20- 11567, PCSJA20- 11614 y PCSJA20- 11622 del Consejo Superior de la Judicatura.

Cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**eb14c2b2de277ed9e6f66aa492190e0470d483ae814cf23fc1feea0b0601980a**

Documento generado en 22/09/2020 01:45:09 p.m.

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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **13-2020-00448-01**
Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por el apoderado judicial de ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS, contra la providencia fechada 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 13 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Ciudad.

## ANTECEDENTES

El apoderado judicial de ANDRÉS FERNANDO ROJAS CONTRERAS, solicitó la protección de sus derechos constitucionales que denominó *"derecho de petición"*, los cuales consideró vulnerados por el Banco Davivienda S.A.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Señaló que el día 27 de abril del año 2020 el señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS se acercó a la oficina del Banco Davivienda S.A. sucursal Madrid –Cundinamarca- con el objeto de abrir una cuenta bancaría en dicha entidad, una vez realizado los trámites pertinentes se obtuvo la apertura de la misma con el lleno de los requisitos exigidos, al revisar posteriormente el portal bancario se encontró que el mismo estaba bloqueado.

El día siguiente esto es el 28 de abril del año 2020, se acercó nuevamente a la sucursal donde había adquirido su producto financiero el día anterior a averiguar el por qué del bloqueo de su cuenta abierta el día anterior, a lo que la Entidad Financiera le contestó que el mismo se debía a la falta de soporte de los ingresos y que por tanto adjuntará una carta de su puño y letra para cumplir con el requisito y así proceder al desbloqueo.

Al ver que continuaban bloqueados sus productos financieros, el señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS se acerca nuevamente a la sucursal BANCO DAVIVIENDA S.A. de Madrid – Cundinamarca – donde fue atendido por la Jefe de dicha sucursal, quien le manifestó que el área

de monitoreo del Banco remitió el caso al área de seguridad, la cual informa que los productos financieros fueron bloqueados por parte de SODIMAC COLOMBIA por medio de una alerta y que se le notificaría en el término de tres (3) días lo correspondiente a dicha alerta.

Agregó que el señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS se acercó nuevamente a la entidad bancaria transcurridos los tres (3) días citados, donde fue atendido por una asesora que se comunicó con el área de seguridad del Banco y le manifestó que no era posible desbloquear sus productos financieros hasta que SODIMAC COLOMBIA, así lo señalara.

Indicó que el señor Rojas Contreras se comunicó con SODIMAC, más exactamente con el Gerente de Tesorería FABIAN NAVARRETE, y con la jefe de pagos MARÍA ELIZABETH MENDIETA, y ellos le comunicaron que no tenían razón para sustentar lo sucedido con los productos financieros que DAVIVIENDA S.A.,

Por lo tanto Davivienda S.A., contestó que el mismo se debía a la falta de soporte de los ingresos y que por tanto se debía adjuntar una carta de su puño y letra para cumplir con el requisito y así proceder al desbloqueo.

En vista de la no solución por parte del BANCO DAVIVIENDA S.A. y transcurridos más de treinta y seis (36) días desde la fecha del bloqueo de los productos financieros, el afectado radicó el día 02 de junio del 2020 ante la entidad financiera BANCO DAVIVIENDA S.A. un derecho de petición con copia a la Superintendencia Financiera de Colombia, donde solicitó información acerca del bloqueo de los productos financieros y la justificación de tal decisión como además elevó nuevamente el desbloqueo de los mismos.

Continuó su relato indicando el día 29 de julio del año que avanza la entidad financiera BANCO DAVIVIENDA S.A., le respondió la solicitud de información radicada bajo el número 1-18654999038 de la siguiente manera *"…SODIMAC COLOMBIA S.A. solicita el bloqueo de la cuenta de ahorros número 4668*****3064 a nombre de mi poderdante identificado con la cédula de ciudadanía número 1020751413, por inconsistencias presentadas en transferencias. Que dicho bloqueo lo hace de buena fe salvaguardando los recursos de sus clientes, que como consta en los contratos de cuenta de ahorros artículo 20 el cual manifiesta "BLOQUEO DE LA CUENTA Y/O TARJETA DEBITO: Davivienda procederá a bloquear la cuenta y/o la tarjeta débito, según corresponda cuando reciba una orden de embargo, o de bloqueo o retención de fondos por parte de la autoridad competente. Adicionalmente el ahorrador autoriza a DAVIVIENDA, para bloquear la cuenta ante la eventual ocurrencia de conductas que ameriten investigación por parte de las autoridades o adelantadas por DAVIVIENDA, en desarrollo de su deber legal de debida diligencia y de prevención de actividades delictivas y cooperación con las autoridades, así como por la existencia de causales objetivas y razonables. Que por tanto no es dado emitir ningún tipo de soporte o detalle del bloqueo de los productos financieros de mi poderdante, no*

*accediendo a desbloquearlos y invocando el Derecho constitucional a la intimidad…”*.

Agrega que lo manifestado por DAVIVIENDA S.A., como respuesta al derecho de petición se limita a invocar el artículo 20 del contrato de cuentas de ahorros, sin resolver de plano el asunto que nos ocupa, el cual no es otro que según DAVIVIENDA S.A. recibe por parte de una entidad particular denominada SODIMAC COLOMBIA la solicitud de bloquear la cuenta de ahorros número 4668****3064 del señor Rojas Contreras, por una inconsistencia en una transferencia.

**Lo Pretendido.**

Tutelar a favor del actor, sus derechos fundamentales de petición y que se ordene en un término perentorio a la entidad bancaria a contestar de fondo lo pretendido y se proceda a desbloquear los productos financieros del señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS posee toda vez que el mismo no procede de una orden judicial, ni de autoridad competente, además se ilustre cuál fue el procedimiento que utilizo el BANCO DAVIVIENDA S.A., para tomar la decisión de bloquear los productos financieros, sumado a que aquellos deberán informar el monto de dinero determinado para el bloqueo de los productos, toda vez que no se conoce cifra alguna solicitada por SODIMAC – COLOMBIA, al BANCO DAVIVIENDA, y se reducen a manifestar que fue por una transferencia y finaliza pidiendo el pago de los intereses corrientes y bancarios estipulados como rendimientos de cada uno de los productos financieros bloqueados desde el 27 de abril de 2020 hasta que el mismo se levante.

**La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 13 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Urbe, quien la admitió para trámite por auto del 10 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a la entidad accionada, para que en el término de dos días rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda.

En la misma providencia se ordenó vincular a SODIMAC COLOMBIA para que en el mismo tiempo se pronunciase al respecto.

Así las cosas, BANCO DAVIVIENDA S.A., en su contestación, argumentó que brindó respuesta a la petición que formulara el tutelante, mediante comunicación de fecha 13 de agosto de 2020, la cual remitió a la dirección de correo electrónico andres12rojas@hotmail.com, motivo por el cual no procede el amparo constitucional porque ya está siendo objeto de investigación por parte de la autoridad judicial, Fiscalía General de la Nación y en todo caso, es un conflicto de naturaleza económica y por ende, existen

en el ordenamiento jurídico innumerables mecanismos de protección judicial.

Por su parte SODIMAC COLOMBIA, presentó su oposición frente a las pretensiones elevadas en el escrito de tutela, toda vez que nos encontramos ante un supuesto fáctico que debe resolver la jurisdicción penal en el marco de sus competencias constitucionales y legales, lo que en estricto sentido, refleja que la existencia de un mecanismo que permita dirimir la controversia planteada, hace inaplicable la acción constitucional de tutela, en vista de que esta solo será procedente en forma residual.

**La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del veinte de agosto de dos mil veinte, negó el amparo, por cuanto no se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues el trámite está en manos de un juez ordinario, quien será el encargado de resolver de fondo la controversia generada.

**La Impugnación.**

El actor, informó que en el caso bajo estudio, el Juez de instancia no revisó ni analizó los derechos fundamentales, pues de ello cita lo siguiente;

> *"…En síntesis incurre en un error el Despacho TRECE (13) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C., al dar por un hecho superado la respuesta por parte de la accionada BANCO DAVIVIENDA S.A. sin observar que en la contestación no se pronuncia acerca de todas las peticiones del accionante como lo son: - Qué entidad judicial requiere el bloquear los productos financieros a mi poderdante señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS. - Por qué bloquean la totalidad de los productos financieros del señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS, toda vez que como lo manifiestan en la respuesta solo la cuenta de ahorros terminada en 3064 es la presenta las transferencias inusuales. - El Despacho TRECE (13) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C., en su fallo manifiesta que la Fiscalía General de la Nación tiene conocimiento de un proceso, no aclara que fiscalía , ni que delito y menos aún si bajo su amparo es que esta el bloqueo de los productos financieros - Más curioso aún que la accionada DAVIVIENDA S.A. jamás ha comunicado a mí poderdante ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS la existencia de tal proceso ante la Fiscalía, pero esa información en lugar de dársela a mi prohijado, se la da al fallador, sin que el mismo la de a conocer incurriendo así en la misma conducta de la accionada, y es que basta con mirar la contestación dada por la entidad bancaría DAVIVIENDA S.A. al accionante para ver que nunca ha informado de tal investigación en la fiscalía. - Tampoco observa el fallador El Despacho TRECE (13) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C., que las fechas en que se supone hay acciones legales en contra del accionante señor ANDRES FERNANDO ROJAS CONTRERAS son posteriores al derecho de petición y a la instauración de esta acción de tutela, vulnerando así un derecho más como lo es el debido proceso, derivado justamente de esa falta de amparo al derecho de petición y información"*

En consecuencia, solicita se revoque la decisión adoptada por el Juez Municipal y sea entregando un amparo integral a favor del actor.

## CONSIDERACIONES

**Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

**Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *"hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho", predicable de cualquier procedimiento, "el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión", derecho de defensa que lleva implícito el principio "de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas"*. (Sent. T – 416 de 1998).

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera 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 efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales"* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *"no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de 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"* (Sent. C-543 de 1992)

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

**Procedencia de la acción de tutela contra entidades financieras particulares. Carácter de servicio público de la actividad bancaria.**

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela contra particulares sólo procede en los cuatro casos taxativamente señalados, a saber: *cuando aquellos prestan un servicio público, cuando su conducta afecta grave y directamente el interés público, cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación y finalmente cuando se presente la indefensión respecto del accionado.*

Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la industria bancaria. Al respecto se dijo:

> *"la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste*

*interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público"*

En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reconocieron el carácter de servicio público para la actividad bancaria, antes de la promulgación de la actual Carta. No obstante, su carácter no se discute en la doctrina del derecho administrativo. Sin embargo, cabe anotar que, al tenor del artículo 56 superior, es diferente una actividad de prestación de servicio público y una actividad dirigida a prestar un servicio público esencial, esta última requiere de expresa disposición legal que así lo determine.

La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -*con relievancia jurídica*- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios.

**Autonomía de la voluntad privada en el sector bancario.**

Los bancos y Corporaciones de Ahorro y Vivienda fundamentan su decisión en el artículo 1389 del Código de Comercio, en donde expresamente se faculta a las partes de los contratos bancarios para terminar unilateralmente los vínculos, en cualquier término.

Así las cosas, podría pensarse que la controversia se sitúa en un plano meramente legal, pues surge de una relación contractual que debe resolverse en la justicia civil. Sin embargo, la función especial y la cualificación de los prestadores del servicio público de la actividad bancaria exigen el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se manifiesta en la libertad contractual de los bancos, y derechos constitucionales de los usuarios del servicio, tales como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre.

La autonomía privada en materia negocial es un concepto creado por la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, en cuya época fue considerada como un poder genérico e ilimitado de autodeterminación inherente a la naturaleza del ser humano. Con el tiempo, esta noción

comenzó a restringirse a través de la prohibición de la arbitrariedad individual y, en la actualidad, especialmente con la introducción de la cláusula social del Estado de Derecho, exige que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social.

Así pues, es claro que la autonomía negocial *"se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial"*, dentro del marco del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los demás. Por lo tanto, se concibe la libre actuación privada allí donde se le reconoce al individuo el derecho no sólo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa, sino a reaccionar como homo oeconomicus a determinadas dinámicas del mercado.

Ahora bien, la autonomía privada goza de sustento en la Constitución de 1991, como quiera que se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan, a saber: el artículo 14 consagra el derecho a la personalidad jurídica, el 58 asegura la propiedad privada, los artículos 38 y 39 la libertad de asociación y el 333 en cuanto protege el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y la libertad de empresa, todos estos derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer, frente a otros sujetos, a través de la intervención judicial.

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1).

Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4º superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la Carta fundamental tiene también una eficacia horizontal.

Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2º).

No obstante lo expuesto, es cierto que el grado de eficacia constitucional de los derechos derivados de las relaciones privadas, es

distinta a la eficacia de los derechos constitucionales frente al Estado, pues en la primera situación es evidente el conflicto de derechos fundamentalmente amparados. Es por ello que, como en múltiples oportunidades lo ha señalado la jurisprudencia, el juez constitucional busca la armonización concreta de los derechos en conflicto, a través de la ponderación, con la cual se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados.

De todas maneras, la ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales a la esfera privada exige que la actuación de los poderes públicos se amplíe para promover las condiciones para que la igualdad y la libertad de los individuos sean reales y efectivas, lo cual indudablemente conduce a que la autonomía negocial respete la Constitución. Con relación a este tema, la jurisprudencia anteriormente citada, la T-240 de 1993, dijo:

> *"los limites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no sólo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquellos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial"*

**Especialidad e interés público de la actividad bancaria.**

La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, a saber: De un lado, el artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general.

Sin embargo, la definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas: El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado.

En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental. En la Asamblea Nacional Constituyente se explicó el concepto de interés público a través de esta característica, así:

*"Las actividades financiera, bursátil, aseguradora solamente pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y aun más importante que esa autorización sea otorgada sin discriminación alguna conforme a ley, nosotros en esta ponencia como en otras de la Comisión Quinta, siempre hemos procurado introducir en el nuevo texto constitucional principios muy concretos en cuanto se refiere a garantizar la libertad de empresa y sobretodo establecer unos fundamentos que güien la acción del Estado de tal manera que el Estado no siga sustentando o patrocinando de manera consciente o inconsciente prácticas que restrinjan la libre iniciativa"9*

Así mismo, el concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro.

En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquellos. La sentencia SU-560 de 199710, que estudió el tema de la igualdad de acceso y permanencia en el servicio público de educación, dijo:

*"Si bien la Constitución protege la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia (art. 333 C.P.) y reconoce también el derecho de los particulares de fundar centros educativos (art. 68 C.P.), tales libertades no pueden anular ni disminuir el carácter de servicio público y de función social atribuido por la Constitución Política a la educación, que también y sobre todo es un derecho fundamental, por todo lo cual está sujeta a la suprema inspección y vigilancia del Estado (art. 67 C.P.), siendo de competencia del legislador la función de fijar las condiciones para la creación, gestión y funcionamiento de los aludidos establecimientos.*

De manera específica, la libertad contractual de los bancos está limitada si se tiene en cuenta que el artículo 335 dispone, como una obligación constitucional, la Democratización del crédito. En efecto, este mandato, en concordancia con el artículo 13 superior, exigen al gobierno garantías de acceso en iguales condiciones objetivas, no sólo a la actividad bancaria, sino a quienes desean obtener un crédito.

Por consiguiente, es contrario a la Carta que condiciones subjetivas de los individuos sean las únicas causas para negar el acceso al crédito. En este mismo sentido, el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, dispone:

*"El gobierno nacional podrá dictar normas con el fin de evitar que en el otorgamiento de crédito por parte de las instituciones sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras*

*situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante*

*Para este mismo propósito, el Gobierno Nacional podrá definir y prohibir prácticas que constituyan exigencia de reciprocidades con el fin de evitar que a través de las mismas se impidan injustificadamente el acceso al crédito o a los demás servicios financieros"*

Finalmente, la Carta limita expresamente la libertad contractual del sector bancario, cuando dispone el control, vigilancia e inspección estatal de esta actividad.

De lo expuesto se concluye que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.

**Derechos del cliente frente a la actividad bancaria. Reconocimiento de la personalidad jurídica, libertades económicas e igualdad.**

En el campo de las relaciones jurídicas que se traban entre los particulares, tiene especial relevancia el artículo 14 de la Constitución, el cual consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como una verdadera garantía de la persona natural para que goce de la capacidad jurídica o de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, no sólo de contenido extrapatrimonial sino también de carácter económico, lo que implica una integración potencial a la vida negocial y al tráfico jurídico de una sociedad. Así pues, la alta Corporación ha dicho que *"el Estado no entrega una dádiva ni entrega un privilegio a la persona cuando le reconoce como sujeto de derecho, con las consecuencias jurídicas que ello comporta"*, pues es indudable que al individuo le debe ser posible participar en la vida social y económica no sólo a la hora de concretar sino de configurar algunos aspectos básicos del régimen económico.

En este orden de ideas, no puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Lo anterior, es acorde con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución que señala, como una finalidad del Estado Social de Derecho, facilitar la participación de todos en la vida económica. De igual manera, es la consecuencia lógica del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, cuando establece que *"todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", el cual no puede suspenderse por los Estados, aún en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º del Pacto en comento. Vale la pena resaltar que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace parte del ius cogens, lo que permite deducir la existencia de "nueva norma imperativa de derecho internacional general" 13 . En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José De Costa Rica"*, en su artículo 27 dispone que en estados de excepción no podrán suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. El reconocimiento a la personalidad jurídica es pues, lo que la Ley 137 de 1994, denominó uno de los derechos intengibles, los cuales *"se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana"*

Por consiguiente, todas las personas tienen vocación para ejercer su capacidad jurídica en cualquier actividad lícita, lo que incluye la actividad bancaria. Obviamente que esta aptitud está limitada por el cumplimiento de condiciones objetivas para acceder a ella, dentro de las cuales está una mediana capacidad económica para garantizar el ahorro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la solvencia y solidez del sistema económico.

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra prohibida la sanción que elimine indefinidamente la posibilidad de acceder a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas, el ingreso a la actividad bancaria. Por lo tanto, la constitucionalización de la personalidad jurídica implica una especial garantía a la aptitud negocial, pues la transgresión del núcleo esencial de este derecho fundamental apareja la protección inmediata de la acción de tutela.

Con todo, podría argumentarse que, corresponde al Legislativo, en ejercicio de su legitimación democrática, la determinación de cuando la autonomía privada queda sujeta a restricciones derivadas de la protección de derechos constitucionales, por lo que al juez no le correspondería la aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones privadas. No obstante, esa tesis es parcialmente acertada, pues es indudable que, entre particulares, la doble función de los derechos fundamentales es nítida. De un lado, rechazan la intervención injustificada

del poder estatal, por lo que buscan la defensa de sus aspectos esenciales. De otro lado, representan un deber de protección que obliga a la intervención del Estado cuando se quebranta la igualdad y se evidencian desigualdades fácticas inmensas, por lo que los derechos fundamentales también se constituyen en barreras frente al poder de los particulares.

Por consiguiente, en aquellas situaciones en donde los derechos requieren de la intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el juez.

De otro lado, a través de la relación contractual bancaria también es factible predicar el derecho a participar en la economía de mercado en igualdad de condiciones y el derecho a la iniciativa privada, los cuales también gozan de garantía superior (C.P. art. 13, 333 y 334). De igual manera, es indudable que el crédito y el depósito especializado del dinero constituyen instrumentos indispensables para ejercer el derecho fundamental a asociarse para constituir empresas y para concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado. Ahora bien, con relación a las limitaciones de la libertad de empresa y de las libertades económicas.

En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333).

Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental.

En este orden de ideas, no podría sostenerse la tesis que patrocine la absoluta imposibilidad, legal o práctica, de acceder a la actividad financiera, pues la total discrecionalidad de las entidades financieras implicaría negar el carácter de interés público de la actividad bancaria, los derechos de los clientes a la personalidad jurídica y a ejercer, en condiciones de igualdad, la libre iniciativa privada. De otro lado, tampoco parecería posible negar la libertad contractual a la banca para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que también el interés público de esa actividad, el derecho de asociación y a la autodeterminación del contenido de los contratos.

Por consiguiente, debe encontrarse cual es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto, de tal manera que se imponga un respeto

limitado y concreto para su correcto ejercicio, pues lo contrario implicaría anular la eficacia jurídica de la cláusula social del Estado.

**Núcleo esencial de los derechos en conflicto y causales objetivas que restringen el derecho a acceder y a mantenerse en el sistema financiero**

El núcleo esencial de un derecho *"es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".* Por consiguiente, el respeto del núcleo de los derechos se impone a las autoridades y a los particulares, teniendo las mismas reglas que cumplir tales como.

a) La imperiosidad de mantener la estabilidad del sistema financiero y la necesidad de preservar la confianza pública se imponen, por lo cual la regla general es la autonomía de las entidades financieras para decidir el contenido de los contratos bancarios. En consecuencia, la tesis expuesta por las entidades financieras en el presente asunto es parcialmente correcta, pues si el Estado o los particulares obligan al banco a celebrar todo tipo de contratos se desconoce el contenido irreductible de los derechos de asociación, de libertad de empresa y autonomía negocial de los bancos.

b) La autonomía de la voluntad de las entidades financieras es más restringida que la de cualquier particular, como quiera que le está vedada la arbitrariedad en su decisión, so pena de transgredir derechos fundamentales. Sin embargo, la situación que se estudia es extrema, pues debe analizarse si, como lo afirman los peticionarios, ellos están sometidos a bloqueos financieros, en vista de la negativa reiterada e injustificada ausencia de prestación de servicios bancarios, lo cual podría quebrantar los derechos de los usuarios a que se ha hecho referencia. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que si bien la autonomía de la voluntad de los bancos está amparada constitucionalmente ellos anulan derechos de los clientes o bloquean comercialmente a una persona cuando se presentan los siguientes elementos:

b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer

uso de la banca. Como se observa, si la mayor parte de la banca rechaza las relaciones comerciales con una misma persona, sin causa objetiva válida que le permita desplegar una actividad razonable para evitarlo, se transgrede no sólo el núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica sino el derecho a acceder en igualdad de condiciones al servicio público bancario.

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público. También resulta evidente que, para el sistema financiero, los accionantes están imposibilitados para realizar negociaciones comerciales en donde medie un título valor o créditos a su favor, lo cual produce una disminución inmensa de su capacidad negocial.

b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Por consiguiente, no existe bloqueo financiero cuando las entidades financieras fundamentan su decisión razonablemente. En otras palabras, no se transgreden derechos del cliente cuando existe una causa objetiva que explique la desvinculación o la negativa de negociación. Por el contrario, sería evidente el abuso de la libertad negocial privada, opuesto a los principios del Estado Social, si se niega el acceso a la actividad bancaria sin justificación legal o económica alguna. Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia).

**Caso en Concreto.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, observa el Despacho que en esta oportunidad le corresponde determinar si se debe ordenar o no al banco Davivienda a desbloquear todos y cada uno de los productos financieros y transaccionales que tiene el señor Andrés Fernando Rojas Contreras a fin de que el citado tenga acceso a sus dineros.

Así pues, se tiene que la actuación ejercida por DAVIVIENDA S.A., se encuentra respaldada por la autonomía bancaria y el acuerdo existente entre las partes, ya que no se puede olvidar que el actor, para ingresar a ser usuario o depositar su dinero en una entidad del orden bancario tuvo que firmar con la parte dominante una serie de acuerdos entre los cuales se tienen políticas de seguridad mínimas, desprendidas estas de las obligaciones propias de la personaría jurídica de esta entidad.

Es así como la entidad bancaria debe buscar siempre salvaguardar y proteger los fondos dados para sus cuidados emitiendo políticas de seguridad y verificación, cumpliendo la ley y las directrices que emane la superintendencia financiera en lo que respecta los usuarios de la banca.

Colige el despacho que el actuar de DAVIVIENDA S.A. como entidad bancaria en lo que respecta a las solicitudes elevadas por el actor sobre sus productos financieros, se enmarcan dentro de parámetros normales de vigilancia y cuidado de los dineros depositados en las arcas de la entidad financiera, además como se extrae del escrito de tutela, la entidad bancaria dio trámite a todas y cada una de las solicitudes, siendo estas presentadas de manera verbal y escrita, más sin embargo por movimientos o actuaciones sospechosas la banca decidió de manera unilateral bloquear los productos hasta tanto la jurisdicción penal ordene que se debe desbloquear los productos del señor Rojas.

Sumado a esto se tiene que la subsidiariedad de al interior del trámite no se encuentra agotada, ya que aquel debió antes de acudir a esta sede constitucional a pretender su amparo debió iniciar los trámites administrativos ante la Superintendencia Financiera de Colombia órgano este que vigila las actuaciones de las sociedades autorizadas para bancarizar los dineros de los colombianos, de ello a dicho la H. Corte Constitucional que:

> *"…al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa privada y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido. Por ende, se distinguen casos en donde la intervención es obligatoria, a través de cláusulas de mandato y, situaciones en donde la intervención es facultativa. Un ejemplo de la intervención obligatoria es el control y vigilancia estatal para las entidades financieras, que contempla el artículo 335 superior. El inciso 24 del artículo 189 de la Carta concreta la inspección, vigilancia y control sobre las personas que prestan actividades financieras, en cabeza del Presidente de la República, quien la ejercerá de acuerdo con la ley. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 35 de 1993 señala que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia Bancaria, ejercerá la inspección, vigilancia y control de quienes desempeñen las actividades financieras. Y, el artículo2º del Decreto 1284 de 1994 señala que esa entidad vigilará los establecimientos bancarios, compañías de seguros y las corporaciones de ahorro y vivienda, entre otros..."* (Subrayado por el despacho)

En conclusión, debe este despacho, confirmar en todas su partes la decisión de Juez de primera instancia, dado que aquí no se puede hablar de violaciones a derechos fundamentales ya que el actor debe cumplir con las cargas pertinentes que le fije la entidad bancaria a fin de que le puedan ser entregados los dineros depositados en sus cuentas bancarias, además, sin que ello fuere poco, se conmina al actor si a su bien lo tiene pertinente inicie las acciones administrativas a que tenga lugar, pues la acción de tutela es un medio subsidiario que la Constitución entrego a los ciudadanos

para salvaguardar derechos que han sido vulnerados pese a la interposición de los medios legales que se tienen para reclamar lo pretendido.

Por lo anteriormente expuesto el despacho, debe resolver

DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia calendada 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 13 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

TERCERO: COMUNÍQUESE telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Contra la presente providencia, no procede ningún recurso, salvo la revisión eventual de la honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**95615711b87731b5fd1b8634332ed51d53a39abae99baaf9c0662c82230e1836**
Documento generado en 22/09/2020 01:45:05 p.m.

*J.D.V.V*

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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **23-2020-00436-01**
Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por la ciudadana CLEMENCIA ACOSTA LARA contra la providencia emitida del 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 23 Civil Municipal de esta Urbe.

## ANTECEDENTES

La ciudadana CLEMENCIA ACOSTA LARA, solicitó la protección de los derechos constitucionales que denominó *"Derecho de Petición"*, los cuales consideró vulnerados por ENEL CODENSA.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Señaló que habita en un inmueble en el municipio de la Calera Cundinamarca, que el contador del predio en el que vive fue cambiado por funcionarios de la empresa ENEL CODENSA tras verificar fallas en el mismo, situación que produjo la factura No. 583351032-8 correspondiente al periodo 23 enero a 21 de febrero de 2020 por valor de $1.117.020.

Agrega que dentro de los conceptos facturados se encuentra uno denominado "RECUPERACIÓN DE ENERGIA" del cual fue informada mediante comunicación No. 873729-1 del 15 de enero de 2020, en la que la empresa de servicios públicos le comunica que se procedió al referido

cobro por el periodo comprendido entre el 09 de abril de 2019 al 10 de noviembre de 2019 por valor de $167.840.

Indicó que contra la factura No. 583351032-8 presentó reclamación formal la cual fue resuelta el 24 de febrero de 2020 por la entidad accionada, momento para el que se le informó que los cargos para el mes de enero son correctos y que no hay lugar a modificación alguna, por lo que el 02 de marzo de 2020 suscribió un acuerdo de transaccional No. 219943740 en el que quedaron plenamente determinados los valores a pagar y los descuentos efectuados por la empresa.

Que dentro del referido documento estaba inmerso el cobro de "RECUPERACIÓN DE ENERGÍA" y como respaldo se firmó pagaré No. 219943740 a favor de ENEL CODENSA SA ESP., sumado a ello se pactó un primer pago por la suma de $400.000,oo y doce (12) mensualidades de $67.524,oo, montos que ha respetado por cuando el 04 de marzo de la presente anualidad efectuó el primero, y a través de la factura No. 586905780-0 se consolidó la primera de las 12 cuotas acordadas.

Aduce que la entidad accionada no honró el acuerdo transaccional como quiera que mediante comunicación fechada 11 de marzo de 2020 fue informada sobre el cobro de "Recuperación de Energía" para el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2019 a 13 de mayo de 2020, en cuantía $337.414,oo, que el cobro citado es improcedente pues ya se había suscrito un acuerdo entre las partes, y que por demás, el desperfecto en la medición el contador no es atribuible a la accionante

Y finaliza su participación, señalando que para el periodo comprendido entre el 20 de marzo a 22 de abril de 2020 la empresa nuevamente le facturó cobro de "Recuperación de Energía", cuya obligación impuesta por la entidad es arbitraria, pues como lo ha sostenido ya se había llegado a un acuerdo de pago el cual se encontraba cumpliendo, lo que dio lugar a la reclamación que realizó el 19 de mayo hogaño contra la factura 590567723-5 y que fuera contestada por la entidad accionada el día 05 de junio de 2020, sin que se hubiese atendido de manera completa a todos sus pedimentos; sin que le fuere posible incoar los recursos pertinentes pues la entidad le ha negado tal derecho.

**Lo Pretendido.**

Solicita, la actora se amparen sus derechos constitucionales, conforme a los hechos citados y se ordene a la entidad accionada a realizar la corrección del error ilegalmente registrado, cobrado en la factura Nro. 590567723-5, por concepto de *"RECUPERACIÓN DE ENERGIA"*, por valor de: TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE ($337.414.ºº), dado que aquella es inexistente

Además indica que se debe suspender el cobro integral de la factura reclamada singularizada con el Nro. 590567723-5, y con ello la exigibilidad de su pago, hasta tanto, ENEL – CODENSA S.A. E.S.P. de curso, al trámite de reclamación y decida lo que en ello corresponde y como pretensión subsidiaria solicita que, se SUSPENDA el cobro, y con ello la exigibilidad del pago del concepto *"RECUPERACIÓN DE ENERGIA".*

**La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 23 Civil Municipal de esta Ciudad, quien la admitió para su trámite el 04 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a la persona jurídica accionada, para que en el término de tres se rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda, y ordenó la vinculación de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ.

Dentro de la oportunidad legal, ENEL CODENSA S.A. E.S.P., indicó, que la señora CLEMENCIA ACOSTA LARA es cliente del servicio de energía eléctrica bajo la cuenta No. 873729, que el 09 de abril de 2019, se llevó a cabo inspección técnica en el domicilio de la usuaria para verificar desviación de consumo determinando la necesidad de efectuar el cambio del contador, que en virtud de la visita, se generó informe de hallazgos 0774934 del 13 de septiembre de 2019 y se le concedió la usuaria el término de cinco días para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, dentro del cual podía aportar y solicitar pruebas tendientes a desvirtuar, justificar o aclarar los hallazgos contenidos en el informe técnico.

Por lo tanto se expidió la factura No. 07932381 del 15 de enero de 2020 donde se liquidó el consumo correspondiente al periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2018 y el 09 de abril de 2019 la que arrojó una diferencia de $167.840, que la factura No.583351032 del mes de febrero de 2020 correspondió al cobro de recuperación de energía, inspección realizada, pérdidas ocasionadas, adicionales a los consumos adeudados previamente por la usuaria.

Que el 10 de octubre nuevamente se realizó inspección técnica con radicado No. 938015463 en la que se determinó la necesidad de efectuar cambio del medidor siendo inviable la instalación del anterior, en tanto que sobre el mismo existía un concepto desfavorable por la falla presentada; que esa visita desató el informe técnico de hallazgos No. 07899350 del 23 de diciembre de 2019 en el que se precisó la falla y se concedió el término de cinco días para la interposición de los recursos de reposición y apelación, el que transcurrió en silencio, y dio ocasión a proferir la decisión 08044054 del 11 de marzo de 2020 en la cual se liquidó el consumo de energía eléctrica efectivamente suministrada entre el periodo 13 de mayo a 10 de octubre de 2019 en la suma de $337.414,oo.

Indicó que la usuaria radicó derecho de petición el día 04 de febrero de 2020 bajo el radicado No. 2586562 en el que manifestó su inconformidad a los cobros efectuados, al paso que adujo no estar en capacidad para pagar, que al mismo se le brindó respuesta con radicado No. 8011002 del 24 de febrero de 2020 la cual fue notificada al correo electrónico clemiacosta@hotmail.com; que nuevamente el 03 de mayo de 2020 recibió petición con el radicado No. 02645677 la cual fue atendida oportunamente el día 20 de mayo de la misma anualidad y notificada al mismo correo electrónico el día 21 de mayo de 2020; que el acuerdo de transacción fue suscrito el 2 de marzo de 2020 por valor de $1.117.020,oo cuyo objeto es la factura 583351032 y en el que no se contempló los costos por energía recuperada que trata la factura 590567723 del mes de abril de 2020, que resultó como consecuencia de la segunda inspección realizada al inmueble.

Y finalizó su participación, agregando que la accionante radicó una nueva petición el 19 de mayo de 2020 con radicado 02652583 insistiendo en su inconformidad con el cobro de la factura 590567723 del mes de abril, en el que solicitó se tuviera en cuenta el acuerdo firmado, petitum que fue contestado el 05 de junio de 2020 a través de oficio 08194011 y en el que

se reiteró las anteriores respuestas; que la última petición es reiterativa y que la empresa no estaba en la obligación de dar respuesta conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1755 de 2015; y, que en la actualidad la cuenta 873729 presenta deuda por la suma de $ 438.141,oo en la que se mantiene la prestación del servicio de energía eléctrica.

A su turno, la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS contestó la acción de tutela y anticipadamente solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que no ha conocido reclamación alguna por parte de la usuaria, así como tampoco le constan los hechos, pues estos se refieren únicamente a unas actuaciones desplegadas entre la accionante y la empresa de energía; que no ha vulnerado derechos fundamentales de la señora Clemencia Acosta Lara, que le compete conocer del recurso de apelación que los usuarios interponen contra las decisiones adoptadas por las empresas de servicios públicos, relacionadas con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, en los términos del artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

Agregó que a corte 10 de agosto del 2020, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha recibido, ni del usuario, ni de la empresa prestadora del servicio público domiciliario trámite alguno relacionado para avocar conocimiento de Recurso de Apelación, Recurso de Queja o Solicitud de Investigación por Silencio Administrativo Positivo contra decisión, por la cual Empresa de Servicios Públicos ENEL CODENSA S.A. E.S.P., le haya resuelto trámite relacionado con la inconformidad relacionada con la disponibilidad del servicio del accionante.

**La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del 20 de agosto de 2020, negó el amparo constitucional solicitado por la señora CLEMENCIA ACOSTA LARA.

Soportando su decisión en que es evidente que la acción se torna improcedente dado su carácter subsidiario, pues el actor dispone de otro medio de defensa judicial, para salvaguardar sus pretensiones, las cuales no son de naturaleza meramente constitucional teniendo en cuenta que, para verificar la vulneración de los derechos fundamentales invocados

puede acudir ante la entidad administrativa correspondiente sumado a que la tutela no fue diseñada a fin de entregar derechos patrimoniales y/o económicos.

**La Impugnación.**

La actora, en el lapso pertinente, impugnó el fallo, señalando que ha realizado las solicitudes correspondientes a la sociedad accionada a fin de que le se cobrado el valor pertinente a servicio de energía y se le cumpla lo pactado en el acuerdo firmado por ella y ENEL CODENSA S.A ESP., sumado a que la entidad antes referida no le permitió incoar los recursos que ella tenía a su alcance para atacar el trámite sancionatorio interpuesto.

## CONSIDERACIONES

**Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

**Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *"hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en*

*fin, una respuesta fundada en derecho", predicable de cualquier procedimiento, "el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión", derecho de defensa que lleva implícito el principio "de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas"*. (Sent. T – 416 de 1998).

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera 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 efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales"* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *"no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de 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"* (Sent. C-543 de 1992)

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

**Caso en Concreto.**

En el caso en examen, **los problemas jurídicos** a resolver se sintetizan en: **i)** establecer si se cumplen las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela; y **ii)** verificar si se configura una violación a los derechos fundamentales de la actora, con el trámite adelantado por ENEL CODENSA S.A. ESP.

Para la resolución del primer interrogante, se tiene que, en el presente caso no se cumple con el requisito del agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios al alcance de la accionante, en la medida que no se vislumbra que se haya incoado acción ordinaria o de reclamación ante la Superintendencia de Servicios Públicos, como tampoco que se hubieren interpuesto los recursos pertinentes a las decisiones adoptadas en el marco del proceso administrativo que adelanta ENEL CODENSA S.A ESP., por las observaciones encontradas en la acometida al inmueble ubicado en la vereda el Salitre FC Salitre ST La Escuela del Municipio de la Calera – Cundinamarca, pues se verifica que el ordenar la suspensión del cobro efectuado por la entidad accionada sin que aquella por lo menos hubiere acreditado la interposición de los recursos ordinarios que tenía a fin de hacer valer sus derechos y lo que pretende le sean reconocidos por el Juez Constitucional, seria utilizar este medio olvidando que es un mecanismo subsidiario y de último peldaño para la salvaguarda de derechos fundamentales.

Ahora bien debe indicarse del mismo modo que el servicio de electricidad domiciliario no es de aquellos servicios denominados esenciales, como lo es el agua, por ejemplo ya que de ello indico la H. Corte Constitucional que;

*"…No obstante, no ocurre lo mismo con la prestación de los demás servicios públicos domiciliarios en particular, el de agua para consumo humano, cuya ausencia pone en riesgo la vida, la salud y la dignidad de estas personas. En este caso, de los hechos narrados en la solicitud de tutela, y teniendo en cuenta que el servicio de energía eléctrica o la provisión de gas a través de pipeta suplen el suministro de gas natural, la Sala de Revisión advierte que la falta de suministro de este último no pone en riesgo la integridad del accionante ni la de su familia, motivo por el cual no se atenderá la demanda de continuidad de dicho servicio público…"* (Subrayado por el despacho)

Ahora bien de los hechos y las pruebas arrimadas al expediente no se conlleva a este despacho a determinar con claridad y sin titubear que la actora directamente o su núcleo familiar se encuentre en algún estado de indefensión o de debilidad manifiesta que permita saltar el requisito de subsidiariedad, pues con la mera afirmación no se puede demostrar aquel dicho.

Así pues, sin ser reiterativo en el punto, se tiene que la actuación iniciada por la actora, no está precedida del agotamiento de los medios legales u ordinarios, que tenía a su alcance, dejando a un lado y sin observar que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, tal y como lo señaló el artículo 86 de la Carta Política, implicando esto que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual bajo el caso en concreto no se encuentra probado y que como se dijo es consecuencia de un trámite administrativo en el cual la señora Acosta Lara deberá estarse a lo resuelto al interior del mismo.

Es decir, el reconocimiento de subsidiariedad de la acción de tutela genera y obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales u ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos, por lo que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial y extrajudicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Colorario, la existencia de un mecanismo ordinario existente y que esta para el uso de la actora, desplaza como principal que se acuda ante el Juez Constitucional, para que se ampare los derechos que según ella se le afectaron, motivo por el cual, este despacho CONFIRMARÁ el fallo impugnado.

Por lo anteriormente expuesto el despacho, debe resolver

**DECISIÓN**

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 23 Civil Municipal de esta Urbe.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

TERCERO: COMUNÍQUESE telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Contra la presente providencia, no procede ningún recurso, salvo la revisión eventual de la honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**39dd885863d5e4b943ac328cc452e861fd9a12c996b3f9f306f466c749a3d8e1**
Documento generado en 22/09/2020 01:45:03 p.m.

*J.D.V.V*

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

**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **43-2020-00369-01**
Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por la apoderada judicial de MARTHA CATALINA HENAO MILLAN y JUAN CAMILO ABRIL, contra la providencia emitida el 14 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá.

## ANTECEDENTES

Por medio de apoderada judicial los ciudadanos MARTHA CATALINA HENAO MILLAN y JUAN CAMILO ABRIL, solicitaron la protección de los derechos constitucionales que denominaron *"derecho de petición y derecho al debido proceso"*, los cuales consideraron fueron vulnerados por el la persona encargada en administrar el EDIFICIO SPAZIO 121 P.H.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Manifestó que sus clientes son arrendatarios del apartamento 501 del Edificio Spazio 121 P.H desde el 1 de abril de 2019, fecha en la cual celebraron contrato de arrendamiento de vivienda urbana con la inmobiliaria INMO SOLUTIONS S.A.S.

Indican que recibieron llamados de atención por parte de la accionada debido al *"fuerte volumen de la música a altas horas de la noche"*, e indica ello para el 27 de Octubre de 2019 cuando *"les fue notificado un supuesto tercer llamado de atención por esta conducta a pesar de contar con la respectiva autorización para la reunión celebrada, señalando un*

*inconveniente con la puerta principal del Edificio y la activación de alarma totalmente ajeno a su conocimiento y control. En este comunicado se impone el cobro de la multa contemplada por el hecho conforme al Manual de Convivencia"*.

Agrega que ante aquella determinación, los arrendatarios enviaron un correo electrónico el 31 de octubre de 2019 a la aquí accionada manifestando *"la no aceptación del cobro de la multa. Configurando lo señalado en el Artículo 111 del Manual de Convivencia, según el cual, si se manifiesta la no aceptación de las sanciones impuestas por correo electrónico, se deberá presentar el llamado de atención formal escrito"*.

Así mismo el 23 de diciembre de 2019 remitieron un derecho de petición a la administración de la Propiedad Horizontal en el cual solicitaban y señalaban *"exponiendo sus inconformidades frente a las disposiciones adoptadas y a la falta de apego al debido proceso consagrado en el Manual de Convivencia, además solicitando los soportes que acrediten el seguimiento al cumplimiento al Manual de Convivencia, registros de las quejas presentadas y registros de las medidas de descargos necesarias para la aplicación de la sanción"*.

Como resultado de lo anterior el día 4 de enero de 2020 la Administración responde el Derecho de Petición en el cual se limitó a transcribir las disposiciones del Manual de Convivencia presuntamente incumplidas por los prohijados del profesional en derecho, sin aportar el material documental y normativo, solicitado en la petición, de manera que no se le dio respuesta de fondo.

La apoderada de la parte accionante relató una serie de actuaciones relacionadas con la situación presentada como tales; reuniones realizadas entre la administración del Edificio, la inmobiliaria junto con su abogado y los arrendatarios, ello el 3 de marzo del año que avanza, como además posteriores llamados de atención que se habrían efectuado a los actores por el comportamiento de su mascota y activación de la alarma de la copropiedad, así como quejas presentadas por otros residentes de la edificación.

Aduce la parte actora que los habitantes del apartamento 501 se dedican a la producción de eventos y que ante la circunstancia sanitaria

generada por el COVID-19, han realizado distintos eventos virtuales –fiestas-, al interior del inmueble que no generan ruido o aglomeraciones, pero que han sido transmitidos o publicados a través de redes sociales, lo que ha sido usado por la administradora, pues ella tiene acceso a esta información por ser pública, para justificar el supuesto exceso de ruido, de manera que en una ocasión llamó e hizo entrar a la policía hasta el inmueble de sus apoderados, encontrándose esta con una fiesta virtual, que en nada contravenía las disposiciones sanitarias o de policía y que por el contrario apoya a la comunidad que se beneficia en estos momentos de encierro.

**Lo Pretendido.**

Tutelar a favor de los actores, sus derechos fundamentales, ordenando que se declare la nulidad y se revoque la cuanta de cobro del apartamento 501 del mes de noviembre de 2019, emitida por la administración del Edificio Spazio 121 P.H. respecto a los rubros correspondientes a la imposición de las multas por perturbación a la convivencia de la copropiedad y se ordene a la administradora de la copropiedad a dar respuesta integral y detallada de cada una de las peticiones presentadas en el documento remitido a la administración mediante correo electrónico el día lunes 23 de diciembre de 2019, así como respecto de la comunicación de 11 de junio de 2020.

**La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, quien la admitió para trámite por medio de auto fechado 11 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a la persona accionada, para que en el término de un día rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda y se VINCULO al presente trámite a INMO SOLUTIONS S.A.S

A su turno la entidad accionada EDIFICIO SPAZIO 121 – PROPIEDAD HORIZONTAL contestó la acción señalando que los accionantes en varias oportunidades han realizado actos que han perturbado la tranquilidad de los demás copropietarios y residentes lo que implica que no han acatado el Manual de Convivencia de la copropiedad como lo afirman.

Frente a la oposición presentada a la multa señaló no es cierto, que la mismas se hubiere realizado bajo los lineamientos del artículo 111 del Manual de Convivencia, pues en aquel reglamento en ninguna de sus partes establece lo que la apoderada de los accionantes afirma en este hecho, tanto es así que dicho reglamento tiene solamente 109 artículos.

Reconoció que recibió los derecho de petición el 23 de diciembre de 2019 y refutó que el 04 de enero de 2020 dio respuesta de fondo al indicarles los fundamentos normativos que dieron lugar a la penalidad, relación de las infracciones que declinaron en la misma y *"se les adjuntó pruebas de los hechos con relación al tratamiento del ingreso de visitantes y del manejo de la puerta principal del edificio"*.

Respecto a la otra petición mencionada en la acción de tutela, precisó que debido a los llamados de atención los demandantes elevaron sendos correos electrónicos, razón por la cual *"se optó por generar una única respuesta que recogiera todas las inquietudes presentadas, la cual fue enviada vía correo electrónico el 19 de junio de 2020, a los accionantes a la inmobiliaria y a la propietaria del Inmueble"*, considerando que con aquella comunicación dio respuesta integral a los pedimentos.

Con todo, aclaró que *"las múltiples comunicaciones no se habían asumido como derecho de petición porque constituían respuestas y justificaciones a los llamados de atención hechos por la administración por lo que se optó en una sola carta reunirlas todas y darles la respectiva respuesta"*, haciendo alusión al libelo del 19 de junio de 2020.

Por lo tanto expresó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a los actores y que por lo tanto la acción no tiene vocación de éxito.

Por su parte INMO SOLUTIONS SAS informó que en nombre y representación de la señora ROSALBA TORRES, propietaria del apartamento 501 ubicado en la Calle 121 # 45A- 54, mediante contrato de arrendamiento de fecha 01 de abril de 2019, dio en arrendamiento el citado inmueble a la señora Martha Catalina Henao Millan.

Que durante el tiempo que ha tenido vigencia el contrato de arrendamiento la inmobiliaria ha estado atenta a los pronunciamientos que

se han hecho tanto de parte de la señora Martha Salguero, representante de la copropiedad, así como las manifestaciones expresadas por los arrendatarios sobre los supuestos inconvenientes que se han presentado, procurando siempre soluciones amigables y ajustadas a la Ley.

E indicó que a pesar de no estar de acuerdo con la imposición de la multa a los arrendatarios, ha procurado lograr una solución efectiva a los altercados presentados sin obtener resultados positivos.

Agrego el despacho de primera instancia que *"El Despacho se comunicó con la apoderada de los actores como consta en informe del 14 de agosto hogaño para que indicara si sus poderdantes habían recibido la respuesta al derecho de petición del 11 de junio de 2020, la cual fue dada por la accionada el 19 de junio de 2020 a las 17:17 p.m. De igual manera, para que aclarara si los hechos del 09 de junio relatados en la solicitud corresponden a los mismos del 10 de junio de la contestación.*

*"La mandataria informó que ciertamente sus prohijados recibieron la respuesta a aquél derecho de petición, misma cuya copia le fue remitida a la apoderada. De otro lado, aclaró que si bien hay una dicotomía en las fechas narradas en la misiva y la contestación éstas corresponden a los mismos hechos, esto es, retransmisión virtual de un evento realizado el día sábado 06 de Junio"*.

**La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del 14 de agosto de 2020, concedió parcialmente el amparo solicitado, solamente en lo que respecta al derecho de petición interpuesto el 23 de diciembre de 2019 por los actores, y se le señaló a la representante legal del EDIFICIO SPAZIO 121 P.H., a que dieran respuesta efectiva al citado documento con estricta sujeción a lo explicitado en esta providencia, especialmente lo contenido en los numerales 4 - 4.1 - 4.2 - 4.3 - 4.4 de la parte motiva.

Y en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso, negó el mismo soportando su decisión en que es evidente que la presente reclamación constitucional es netamente de carácter contractual, por lo tanto los actores, cuentan con otros medios de defensa y que puede pedirle a la administración de la Propiedad Horizontal que agote los

mecanismos de conciliación previstos en el reglamento para solucionar problemas entre residentes.

**La Impugnación.**

La apoderada judicial de los accionantes, en el lapso pertinente, señaló que no compartía la decisión tomada por el Juez de primera instancia, por cuanto el punto 4.3 de la providencia en que se señala la repuesta del derecho de petición, no es tan cierto, pues para su entender se trata de una respuesta de fondo la misma no se hace en derecho, sino que es una simple observación de la administradora de la Copropiedad.

Agrega que no es dable que el Juez de Instancia, señale que los demás derechos solicitados deben tener un requisito de subsidiariedad, por cuanto como se ve abiertamente se está violentando los derechos a sus prohijados, tanto es así que la afectación al debido proceso no les ha dejado defenderse de las multas y sanciones impuestas por la Administradora del Edificio SPAZIOS 121 P.H.

Por lo tanto requiere que sea revocado el fallo de primera instancia, para que en su lugar se conceda el amparo solicitado de manera integral y no parcialmente.

## CONSIDERACIONES

**Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

**El derecho fundamental de petición**

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sido contundente en señalar, que el Derecho de Petición establecido en el artículo 23 de la Carta Magna, es el derecho público subjetivo de la persona para acudir ante las autoridades y las organizaciones privadas, con el objeto de una pronta resolución a una solicitud o queja. Contrario a los términos y procedimientos jurisdiccionales, el derecho de petición es una vía expedita de acceso directo a las autoridades. Por lo tanto, lo que se busca con la presente acción, es una rápida solución a lo pedido, ya sea negativa o positiva, e independientemente de su contenido.

De su lado la ley 1755 de 2015, la cual sustituyo el Título II, Derecho de Petición, Capítulo I, Derecho de Petición ante las autoridades-Reglas Generales, Capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas Especiales y Capítulo III Derecho de Petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, señalo que; *"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma"*, además "Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción….." Añadiendo en parágrafo que "Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto."

Conforme a dichos preceptos, se tiene por decantado, que el núcleo esencial del derecho de petición reside en i) la resolución pronta y oportuna de la solicitud interpuesta, ii) en una respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado sin importar si es favorable o no coyuntura que de no ser respetada implicaría afectación y/o vulneración del derecho fundamental de petición.

**Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad

con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *"hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho", predicable de cualquier procedimiento, "el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión", derecho de defensa que lleva implícito el principio "de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas"*. (Sent. T – 416 de 1998).

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera 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 efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales"* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *"no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de 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"* (Sent. C-543 de 1992)

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

**El requisito de subsidiariedad en asuntos de Propiedad Horizontal**

La jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional estableció que tratándose de conflictos generados por las relaciones entre los habitantes de un conjunto residenciales y la administración en el marco del régimen de propiedad horizontal, el recurso adecuado y efectivo que es procedente es el proceso verbal sumario civil. En la sentencia T-210 de 1993, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por un habitante de un conjunto residencial en la ciudad de Bogotá, a quien la administración y el consejo de administración le prohibieron parquear su taxi en el parqueadero de la unidad residencia. Al respecto la Corte afirmó que la acción de tutela no era el recurso procedente para resolver controversias del régimen de propiedad horizontal:

> *"En los regímenes que reglamentan la propiedad horizontal, se ordena que las diferencias que surjan entre propietarios y entre éstos y la administración, con motivo del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular, al igual que las diferencias que surjan sobre la legalidad del reglamento y de las decisiones de la asamblea general, deben someterse a decisión judicial, para que mediante el trámite del proceso verbal, regulado en el Código de Procedimiento Civil, se definan. La acción de tutela no es la vía judicial idónea. (…)*

El proceso verbal sumario que, como se acabó de anotar, es de única instancia, es breve, expedito y por tanto eficaz e idóneo, para que los accionantes recurran a él, con el fin de definir las diferencias que hoy afrontan con la administración del edificio del conjunto residencial en donde está ubicado el inmueble de propiedad de uno de ellos, y que actualmente ocupa, en calidad de arrendatario, el otro peticionario."

Este criterio lo reiteró posteriormente en las sentencias T-019 de 1995, T-345 de 1996, T-440 de 1997, T-752 de 1999 y T-633 de 2003.

En estas providencias la Corte afirmó que el proceso verbal sumario del régimen de propiedad horizontal vigente para la época, es decir, el consagrado en la Ley 16 de 1985 –modificado luego por la Ley 675 de 2001-, era el recurso adecuado y efectivo para resolver las controversias entre los propietarios y la administración y los demás órganos de dirección.

Sin embargo, paralelamente a esta posición, la Corte declaró excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela cuando se encuentre que el proceso verbal sumario no es eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados, bien porque requerían de un mecanismo de defensa urgente y expedito, o bien porque la Corte encontró que las decisiones de los órganos de la administración afectaban *"necesidades vitales"* de los propietarios o residentes. Por ejemplo, en la sentencia T- 233 de 1994, la Corte concluyó que la acción de tutela sí era procedente por cuanto el proceso ordinario no podía impedir, antes de dictar sentencia, que a la accionante la sancionara la asamblea de copropietarios.

En este asunto la actora alegó que la asamblea había decidido sin su participación, la instalación de TV Cable en todos los apartamentos. Lo anterior implicaba el pago de una cuota extraordinaria que la accionante se negó a pagar y por tanto estaba en un estado de mora. La Corte estableció:

> *"Si bien el juez civil tiene competencia y cuenta con los medios necesarios para evitar que a la demandante se le vulnere el derecho a participar en las decisiones de la asamblea de copropietarios, no puede, antes de dictar sentencia, impedir que la junta administradora ejecute judicialmente a la accionante, ni ordenar que cese la violación a sus derechos a la libertad e intimidad personal y familiar, lo que sí es*

*materia de la sentencia de tutela. De tal manera que, ante la violación de los derechos a la libertad e intimidad personal y familiar, invocados por la demandante y ante la ausencia de un medio tan eficaz como la tutela, para su protección judicial, su restablecimiento será otorgado a través de esta vía."*

De esa forma, la Corte amparó los derechos a la libertad e intimidad personal y familiar de la tutelante y ordenó a la Junta Administradora del Conjunto Residencial demandado, excluir a la actora del servicio de televisión por cable y del cobro de las cuotas extraordinarias. Este criterio fue reiterado en la sentencia T-333 de 1995, en la cual se analizó un caso similar a la providencia antes referida, relacionada con la contratación e instalación del servicio de televisión por cable a todos los propietarios y residentes. En esta ocasión, la Corte afirmó que tratándose de la protección de los derechos a la libertad de elección y de intimidad personal y familiar, la acción de tutela era la vía idónea y eficaz. Señaló que el proceso verbal sumario contemplado en la ley ordinaria no tenía la aptitud para evitar la vulneración de los derechos fundamentales en el caso concreto:

*"A juicio de la Sala, la utilización del aludido mecanismo alternativo de defensa tiene un objeto propio definido por las leyes preconstitucionales (arts. 7 de la ley 182 de 1948, 8 y 9 de la ley 16 de 1985), como son las controversias entre copropietarios o que puedan generarse por actos de la junta administradora, o de la asamblea relativos a modificaciones de los bienes de uso común, alteraciones en su uso y goce, a la organización general del edificio o conjunto habitacional, a la aprobación de expensas ordinarias y extraordinarias destinadas a la administración del inmueble y a la fijación de la cuota periódica, etc.; pero aquél no resulta idóneo y efectivo para lograr el amparo inmediato de derechos fundamentales conculcados o amenazados en razón de actos expedidos por dicha junta o asamblea, como sucede en el presente caso.*

*La tutela, destinada en este caso a amparar los derechos fundamentales de los demandantes a la libertad e intimidad personal y familiar, constituye el mecanismo ideal y efectivo de protección de éstos con el fin de contrarrestar el abuso de poder en que incurrió la asamblea general al adoptar decisiones que escapan de su competencia y que determinaron la violación de dichos derechos, porque no se puede supeditar la vigencia y goce de los derechos fundamentales a la posibilidad de su amparo a través de la utilización*

*de medios procesales distintos a los previstos en la Constitución para su protección, que han sido instituidos con finalidades diferentes y que realmente no son garantía para su protección efectiva. Dicho de otra manera, al juez civil dentro del proceso verbal sumario que se instaura para dirimir una controversia en torno a la propiedad horizontal concreta su estudio y decisión al aspecto central de ésta, esto es, a lo que atañe con las materias ya especificadas, antes que al amparo de los derechos fundamentales, violados o amenazados; por lo tanto, eventualmente puede abstenerse de adoptar medidas concretas tendientes a poner fin o a evitar su violación, como las que usualmente decreta el juez de tutela, con lo cual dichos derechos pueden quedar carentes de protección."*

En ese sentido, la Corte estableció que en algunos casos, como las controversias de bienes de uso común y/o alteraciones del uso y goce de bienes comunes eran controversias que debían ser resueltas por la vía ordinaria. La Corte amparó los derechos fundamentales y ordenó a la junta de la administración no cobrar la cuota extraordinaria a los accionantes y garantizarles su participación en la decisión del servicio de televisión.

Por su parte, en la sentencia T-035 de 1997, la alta Corporación revisó dos acciones de tutela interpuestas por familias, a quienes a través de proceso policivo, se les había obligado sacar a sus tres perros de su lugar de habitación por la perturbación de posesión de varios vecinos de la propiedad horizontal. Adicionalmente, en uno de esos casos la administración había impuesto multas a los tenedores de las mascotas. La Corte en esta ocasión, afirmó que el medio adecuado y efectivo en este tipo de controversias era el proceso verbal sumario contemplado en la ley vigente, y en el caso de agotarse procesos policivos, debía existir la violación notoria del derecho al debido proceso:

*"Como regla general, las diferencias que surjan entre los propietarios, o entre estos y la persona jurídica, por el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular o como integrantes de esa persona jurídica, además de los que surjan en virtud del cuestionamiento de la legalidad de las estipulaciones pactadas en el reglamento de copropiedad o de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de dirección y administración se resolverán a través del proceso verbal sumario regulado en el artículo 435, parágrafo 1o., numeral 1o. del C.P.C. (…)*

*Por último, frente a la posibilidad de la vulneración de derechos fundamentales en virtud del ejercicio de los mismos en una copropiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal, procederán entonces los mecanismos judiciales ordinarios de defensa; la formulación de la acción de tutela será exclusivamente excepcional. En lo que a las decisiones de las autoridades de policía se refiere, se tendrán los mecanismos de defensa contemplados en las normas de policía, y solamente procederá la acción de tutela cuando aquellas configuren una vía de hecho o produzcan un agravio constitucional irreparable."*

De esa forma, la Corte al encontrar probado que estaba en trámite un proceso policivo cuyos mecanismos de defensa todavía no habían sido agotados, declaró la improcedencia de la acción de tutela. En relación con el cobro de la multa mensual, la Corte consideró que la tenencia de animales domésticos constituye el ejercicio de derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, y en ese orden de ideas, la medida sancionatoria impuesta resultaba contraria a la Constitución. Ordenó a la administración suspender el cobro de multas por la tenencia de animales a los residentes afectados.

Así, al juez constitucional le corresponde analizar cada caso concreto con detenimiento para verificar en qué situación debe proceder la acción de tutela. Como puede verse, en los primeros años la jurisprudencia consideró excepcionalmente procedente la acción de tutela ante violaciones a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la participación y la libertad de los accionantes, debido a decisiones de los órganos de la administración.

Igualmente existe una línea jurisprudencial consolidada referente a la procedencia de la acción de tutela cuando los órganos de la administración han impuesto sanciones o restricciones al no pago de las cuotas mensuales. Sobre esto, la Corte ha establecido que las medidas de cobro no pueden afectar las necesidades vitales del propietario o residente del inmueble, pues éstas violan derechos fundamentales.

Al respecto, en la sentencia SU-501 de 2001, la Corte revisó cinco expedientes en los que los accionantes solicitaban la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad, circulación, vida privada y

comunicación, debido a las decisiones de la administración de restringirles servicios esenciales a los residentes en mora.

La Corte consideró que la tutela no era la vía adecuada para solucionar conflictos económicos derivados de la aplicación del reglamento de propiedad horizontal, pues para ello procedía el proceso verbal sumario de la ley civil. De la misma manera, señaló que la restricción del uso de ciertos bienes comunes por el no pago de cuotas, podía ser procedente, siempre y cuando no afectara necesidades vitales de quienes se encontraban en mora. Por ejemplo, estableció que la restricción de los servicios de citofonía o correspondencia era desproporcional y afectaba los derechos fundamentales de los actores, haciendo procedente la acción de tutela para solicitar su protección. En igual sentido, la expulsión de una persona de su vivienda por haber incurrido en mora, también desconoce derechos fundamentales que hacen procedente la acción constitucional.

Estas reglas jurisprudenciales han sido reiteradas en distintos casos en los que las administraciones o juntas de administración han impuesto sanciones que afectan intereses vitales de los propietarios y residentes: T-106 de 2002, T-146 de 2003, T-468 de 2004, T-612 de 2009, T-155 de 2012, entre otras.

Cabe mencionar que en la sentencia T-386 de 2002, providencia en la que se establecieron reglas concretas en relación con la procedencia de la acción de tutela en términos generales, y en particular, los casos en los que debe acudirse al proceso verbal sumario. De esa forma, la Corte estableció las siguientes reglas de procedencia:

> *"El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil establece que las controversias sobre propiedad horizontal se tramitan en única instancia mediante el proceso verbal sumario. La Corte ha señalado que esto es así, cuando se trata de conflictos sobre temas como: a) La modificación de los bienes de uso común, las alteraciones en su uso, la organización en general del edificio; b) La definición acerca de la legalidad de la norma aprobada en tal sentido por la Asamblea de copropietarios; c) Los conflictos económicos que se derivan de la aplicación del reglamento de propiedad horizontal, tales como el pago de una determinada cuota de administración.*

*Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela resulta procedente en los siguientes eventos: a) Cuando prima facie existe una vulneración de derechos fundamentales o una limitación arbitraria de estos derechos; b) Cuando el proceso verbal sumario "no resulta idóneo y efectivo para lograr el amparo inmediato de derechos fundamentales conculcados o amenazados en razón de actos expedidos por dicha junta o asamblea"; c) Cuando las decisiones de la administración o asamblea impiden las satisfacción mínima de las condiciones de existencia vital que los individuos no pueden asegurarse por sí mismos. En tales casos, la acción de tutela se constituye en una vía expedita y prevalente para proteger los derechos vulnerados."*

Finalmente, la sentencia T-034 de 2013, realizó una recapitulación de la jurisprudencia constitucional en relación con las controversias que surgen en propiedad horizontal y estableció las siguientes reglas específicas relacionadas con la procedencia de la acción de tutela:

*"Así, en primer lugar, el amparo constitucional tan sólo se convierte en un mecanismo principal de protección, cuando se gestiona la salvaguarda de derechos fundamentales como el debido proceso, la libertad de locomoción o la dignidad humana, siempre que el otro medio de defensa judicial no resulte idóneo y eficaz para tal fin. En caso contrario, como lo ha admitido la Corte a partir de la lectura del artículo 86 del Texto Superior y del artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991, es preciso examinar si dicho medio resulta lo suficientemente expedito para evitar un perjuicio irremediable, pues de lo contrario la acción de tutela tan sólo prosperaría como mecanismo transitorio de defensa judicial.*

*En segundo lugar, cuando la controversia se limita a simples juicios de legalidad sobre el alcance de los reglamentos de propiedad horizontal, o sobre el cumplimiento de las obligaciones propias de dicho régimen, o cuando la discrepancia tiene que ver con aspectos exclusivamente de orden económico o de uso de los bienes de la copropiedad, en criterio de la Corte, los medios ordinarios de defensa judicial, entre ellos el procesos verbal sumario o el proceso abreviado, son los llamados a servir como vías judiciales de solución."*

La Corte consideró, que para el caso de la prohibición de usar los ascensores con animales, no era adecuado y efectivo interponer el proceso

verbal sumario, dada la afectación a los derechos fundamentales que se producía con la decisión de la administración:

> *"Al analizar los mecanismos contemplados en la Ley 675 de 2001 para resolver las disputas que se suscitan en torno a la propiedad horizontal, en primer término, encuentra la Sala que no es viable exigirle a la accionante que agote los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ni que acuda al proceso verbal sumario, pues en este caso no se pretende dar fin a un conflicto originado entre propietarios, o entre ellos y el administrador o el consejo de administración, sino lo que se evidencia es la necesidad de eliminar una decisión que se incluyó en una norma del manual de convivencia y cuyos efectos pueden ser lesivos de los derechos fundamentales cuya protección se invoca."*

En suma, la jurisprudencia de la Corte ha establecido reglas muy claras sobre el principio de subsidiariedad de la acción de tutela cuando se trata de conflictos entre propietarios y órganos de la administración del régimen de propiedad horizontal.

> *"...Por regla general, debe acudirse a los mecanismos ordinarios de defensa judicial que ofrece aquella regulación, entiéndase: la vía extrajudicial a través de la conformación de (a) un Comité de Convivencia y (b) mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 58 de la Ley 675 de 2001), (c) la vía jurisdiccional a través del proceso verbal sumario de única instancia, y (d) el proceso policivo cuando la controversia se trata de la tenencia o posesión de un bien o la tenencia de mascotas que perturban la convivencia. Excepcionalmente, la acción de tutela resultará procedente como vía principal cuando existe una amenaza o violación a un derecho fundamental que requiere de la intervención expedita del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable. Adicionalmente, procederá la acción de tutela cuando las decisiones de la administración de la unidad residencial [impidan] las satisfacción mínima de las condiciones de existencia vital que los individuos no pueden asegurarse por sí mismos…".*

**Caso en Concreto.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, observa el Despacho que en esta oportunidad le corresponde determinar inicialmente si la

presente acción cuenta con los requisitos mínimos para ser estudiada de fondo y determinar consecuencialmente si existió vulneración a los derechos fundamentales que los actores citaron como *"derecho de petición y debido proceso",* por parte de EDIFICIO SPAZIO 121 P.H.

Se otea que a los actores y a la persona jurídica demandada las une el hecho que las primeras son arrendatarios del apartamento 501 y la pasiva es la administradora de la Propiedad Horizontal.

Así pues se tiene, que al señora ROSALBA TORRES, entregó para su administración el bien inmueble de su propiedad a una persona jurídica quien a su vez lo arrendó a los aquí accionantes, quien ha realizado varias violaciones al Reglamento de la Propiedad Horizontal, generándole hacerse acreedor de sanciones por parte de la persona natural que administra la copropiedad – siendo estos los hechos de la acción-.

Así que, deberá revisar este despacho si los actores y la administradora de la Copropiedad agotaron los medios ordinarios que tenían a su alcance, previo a incoar la acción constitucional que aquí se resuelve, teniendo en cuenta que este trámite es residual y de última instancia – requisito de subsidiariedad-.

Véase como el artículo 58 de la ley 675 de 2001, establece que;

> *CAPITULO I. DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.*
> *ARTÍCULO 58. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Para la solución de los conflictos que se presenten entre los propietarios o tenedores del edificio o conjunto, o entre ellos y el administrador, el consejo de administración o cualquier otro órgano de dirección o control de la persona jurídica, en razón de la aplicación o interpretación de esta ley y del reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de la competencia propia de las autoridades jurisdiccionales, se podrá acudir a:*
>
> *1. Comité de Convivencia. Cuando se presente una controversia que pueda surgir con ocasión de la vida en edificios de uso residencial, su solución se podrá intentar mediante la intervención de un comité de convivencia elegido de conformidad con lo indicado en la presente ley, el cual intentará presentar fórmulas de arreglo, orientadas a dirimir las*

*controversias y a fortalecer las relaciones de vecindad. Las consideraciones de este comité se consignarán en un acta, suscrita por las partes y por los miembros del comité y la participación en él será ad honorem.*

*2. Mecanismos alternos de solución de conflictos. Las partes podrán acudir, para la solución de conflictos, a los mecanismos alternos, de acuerdo con lo establecido en las normas legales que regulan la materia…"*

Así pues, se tiene que la actuación iniciada por los actores en contra de la Copropiedad no está precedida del agotamiento de los medios legales para la solución de los conflictos, que tenía a su alcance, dejando a un lado y sin observar que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, tal y como lo señaló el artículo 86 de la Carta Política, implicando esto que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual bajo el caso en concreto no se encuentra probado.

Es decir, el reconocimiento de subsidiariedad de la acción de tutela genera y obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos, por lo que las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial y extrajudicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Colorario, al no estar probado un estado de indefensión, o de afectación directa al mínimo vital a favor de la parte actora de esta tutela, se tiene que no era procedente analizar el asunto de la referencia de fondo, como lo hizo el juez de primera instancia, pues no se encuentra demostrado ninguno de los requisitos que ha contemplado la jurisprudencia para que se deba saltar u omitir pedir el agotamiento previo de los medios legales que se tiene para solicitar la no violación de los derechos fundamentales que son pretendidos por medio de este expediente.

Así las cosas, en este caso, la existencia de un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos existente y que esta para el uso de la partes, desplaza como principal que se acuda ante el Juez Constitucional, para que se ampare los derechos que según los actores se le están afectando por la administradora del edificio SPAZIO, motivo por el cual, este despacho confirmará el numeral tercero del fallo impugnado.

Ahora bien, en lo que respecta a la alzada interpuesta en contra del numeral primero de la decisión de instancia sobre la cual la impugnante solamente atacó el punto 4.3 de la parte motiva de la providencia, se deberá señalar que la respuesta allí emitida si bien es extensa en la misma se resuelve la solicitud incoada.

Sin que exista el requisito que la respuesta deba ser del recibo o aceptación del contenido de misma por parte de la apoderada judicial de los actores, pues bien, como la ha dicho el órgano de cierre constitucional no necesariamente las peticiones deben ser resueltas a favor del peticionario, lo que se necesita es que aquellas sean claras, se den respuesta de los interrogantes y se comuniquen al solicitante.

Y como en el punto en controversia se tiene que solamente ataca la respuesta del mismo, al no considerarla en derecho sino que aquella es una simple interpretación, no otea este despacho igual que lo hizo el juez de primera instancia que lo citado –impugnación - sea cierto. Pues como se dijo en renglones anteriores y en la determinación de primera instancia la respuesta es quizás larga pero responde lo pedido por los aquí actores. Razón está para confirmar el último punto que se tenía pendiente por resolver al interior de la impugnación.

Por lo anteriormente expuesto el despacho, debe resolver

**DECISIÓN**

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la Sentencia de fecha 14 de agosto de 200, proferida por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

TERCERO: COMUNÍQUESE telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Contra la presente providencia, no procede ningún recurso, salvo la revisión eventual de la honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS**
**JUEZ CIRCUITO**
**JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:
**5eeb9b74f2fd4014646b0e1c85812492bc7d133c56505bd2f7903b09638c2ff4**
Documento generado en 22/09/2020 01:45:00 p.m.

*J.D.V.V*