

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Telefax 601-3753827

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por el accionante **JOSE FERNANDO REINA TOLOSA**, contra el fallo de tutela proferido el 29 de noviembre de 2022, por el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, en la que figura como accionado la **CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A.**

SITUACIÓN FÁCTICA

1.- El señor **JOSE FERNANDO REINA TOLOSA**, relató que suscribió contrato de separación de adquisición de vivienda del proyecto Natural living torre 02 apartamento 0707 (lote Veramonte), con la **CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A.**, iniciando el pago de la cuota inicial a partir del mes de junio de 2022, consignando al encargo fiduciario de adhesión e inversión para la separación de unidades inmobiliarias de Davivienda, empero, ante la desinformación sobre este asunto, el 22 de septiembre de 2022, presentó derecho de petición por medio de la página oficial de la Constructora, solicitando información sobre el estado actual de los pagos a la fiduciaria Davivienda, requerimiento al que se le adjudicó el radicado CAS-249398-G4L1, siendo informado el 11 de octubre de 2022, de la imposibilidad de dar respuesta el derecho de petición en términos legales ante la necesidad de recopilar y analizar información y en esa medida, el 31 de octubre de 2022, mediante correo electrónico la constructora Bolívar emitió una respuesta con datos equivocados, injustificada, sin resolver de fondo la solicitud en la que se aduce: *“Nos permitimos informarte que según nuestra base nos sales con una compra en el proyecto urbana 30, por lo tanto, te solicitamos validar con tu asesor de ventas si a la hora de la compra quedó mal la vinculación con la fiduciaria”*.

2.- La acción de tutela fue asignada por reparto el 6 de diciembre de 2022, mediante el aplicativo web.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

Mediante fallo del 29 de noviembre de 2022, el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Conocimiento, declaro improcedente la acción de tutela incoada por el señor José Fernando Reina Tolosa, en contra de Constructora Bolívar S.A.

Sostuvo que en el caso analizado no se observa que la petición sobre la cual se solicita el amparo se encuentre dentro de los supuestos jurisprudenciales por cuanto no se da la relación de subordinación o indefensión, toda vez que el vínculo entre las partes se deriva de la celebración de un contrato de compraventa de un inmueble, es decir, un convenio de voluntades eminentemente comercial, que de acuerdo a su naturaleza ubica a las partes en una situación de equivalencia, reciprocidad y no supone una circunstancia que comprometa derechos fundamentales, de ahí que no se esté en presencia de una relación que envuelva una condición de dependencia, en virtud de la cual existe un sujeto más débil en el contexto de la relación, además existen otros mecanismos de defensa con los cuales cuenta el demandante para defender sus intereses ante la justicia civil ordinaria con respecto a su reclamo para el cumplimiento de los pagos efectuados, sumado a ello, se tiene que la accionada le dio respuesta a los requerimientos del accionante.

Razón por la cual, no es procedente, el amparo deprecado por el tutelante, frente a sus pretensiones.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión en precedencia, el accionante la impugnó indicando que la contestación brindada por la entidad no es más que una evasiva que afecta sus derechos, indicando que su fin es obtener información concreta sobre el estado actual de los pagos efectuados a la fiduciaria Davivienda y ello no sucedió con la respuesta proferida por la entidad

Insiste en que el motivo de la presentación de la acción de tutela, es la no contestación de fondo del derecho de petición por parte de la Constructora Bolívar, donde se solicitó la expedición y actualización de los pagos por concepto de la cuota inicial para el proyecto NATURAL LIVING, por tanto, la protección constitucional versa sobre resolver el fondo de un derecho de petición y no sobre el convenio o contrato celebrado con la Constructora Bolívar

La petición central, es la expedición de un certificado o registro que me permita ver reflejado los pagos que he realizado de manera cumplida desde el mes de junio de los cursantes; sin embargo, la petición todavía no ha sido resuelta por la Constructora Bolívar, asunto que demuestra una clara vulneración al derecho de petición

CONSIDERACIONES

➤ PROBLEMA JURIDICO:

Determinar si el juzgado de primera instancia, integró debidamente el litis consorcio.

La tutela se resume en que el accionante requiere información sobre el estado actual de los pagos que ha efectuado en la fiduciaria Davivienda, esto es, expedir un certificado o información clara y expresa de los pagos realizados a la Fiduciaria del Banco Davivienda, frente al proyecto NATURAL LIVING, esto pues, a pesar de reconocer haber recibido una respuesta a su solicitud del 22 de septiembre de 2022, por parte de la Constructora, expuso

que tal documento no respondía a la solicitud planteada pues su único fin es, obtener de manera concreta un certificado de los aportes realizados al proyecto Natural Living.

Al respecto, la CONSTRUCTORA BOLIVAR al dar respuesta a la tutela, indicó lo siguiente:

“... Ahora bien, una vez efectuado el análisis con respecto a la situación, nos permitimos aclarar al Despacho que, si bien existió un error involuntario de digitación por parte del funcionario de FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. encargado de la elaboración del contrato de encargo fiduciario, pues se realizó la apertura de un encargo fiduciario para el proyecto URBANA 30; no obstante, la negociación adelantada por el actor corresponde al proyecto NATURA LIVING...”.

De esta manera resulta claro que el Juzgado de primera instancia debió vincular a la tutela a la FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A., para que explique si es cierto lo que aduce la CONSTRUCTORA BOLIVAR.

Al respecto, el juez constitucional como director del proceso, tiene la obligación, entre otras, en aras de garantizar el derecho de defensa, de contradicción y de debido proceso, de integrar de forma debida el contradictorio, de forma tal que aquellas personas naturales o jurídicas cuya responsabilidad se pueda ver comprometida por la presunta transgresión de garantías fundamentales y, en la medida que deban cumplir una eventual orden de amparo o resulten afectados con una decisión, se les debe asegurar la posibilidad de intervenir en el trámite haciendo uso de las facultades otorgadas por ley. Sobre lo anterior, la Corte Constitucional puntualizó:

“... El principio de informalidad adquiere marcada relevancia en los procedimientos de tutela y debe prestarse especial cuidado en la integración de la causa pasiva y del legítimo contradictorio toda vez que, en ciertos eventos, la demanda se formula en contra de quien no ha incurrido en la conducta imputada, o no se vincula a la totalidad de los sujetos procesales. Tal circunstancia se presenta, generalmente, porque el particular no conoce, ni puede exigírsele conocer, la complicada y variable estructura del Estado, ni de ciertas organizaciones privadas encargadas de la prestación de un servicio público. Pero el juez, que cuenta con la preparación y las herramientas jurídicas para suplir tal deficiencia, está en la obligación de conformar el legítimo contradictorio, no solo en virtud del principio de informalidad, sino también, atendiendo el principio de oficiosidad que orienta los procedimientos de tutela...”¹

Particularmente, sobre la necesidad de vincular al trámite de tutela a los terceros que puedan verse afectados con la decisión que adopte en relación con el amparo deprecado, la CORTE CONSTITUCIONAL, dijo lo siguiente:

“En el Auto 536 de 2015 el Pleno de esta Corporación sistematizó las reglas que se derivan de los deberes de los jueces de tutela ante la Corte Constitucional. Auto 315 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández 110013104049202100310 01 Asotrabcol Fiscalía General de la Nación Página 15 de 18 indebida integración del contradictorio, esto es, cuando el accionante dirige el amparo en contra de una parte, pero el juez de tutela encuentra que existen otras personas, entidades o instituciones que deben ser vinculadas al proceso, ya sea por tener un interés directo en la decisión o por ser potenciales destinatarias de las órdenes de protección de derechos fundamentales:

“(i) Es deber del juez de tutela integrar el contradictorio en virtud del principio de oficiosidad. Puede ocurrir que la demanda se entable contra un sujeto distinto a

¹ Corte Constitucional. Auto 315 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

quien se le puede imputar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, caso en el cual no debería prosperar la acción de tutela. Sin embargo, una vez se advierte de la situación, el juez tiene la facultad oficiosa, antes de resolver el asunto, de vincular a la persona o entidad contra la cual ha debido obrar el demandante.

“(ii) Ese deber oficioso del juez se aplica no solo cuando el accionante omite vincular a quien esté real o aparentemente involucrado en los hechos, sino en los casos en que aparezca otro ente que por su actividad, funciones o actos ha debido ser vinculado; es decir, cuando el juez, en el ejercicio de análisis de los hechos y las pruebas encuentra un nexo causal entre estos y las funciones u obligaciones de otra entidad.

“(iii) En el derecho común la indebida integración del contradictorio lleva a la adopción de fallos inhibitorios. Esto no es posible en el caso de la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el parágrafo único del artículo 20 del decreto ley 2591 de 1991, que prohíbe de manera expresa ese tipo de sentencias. Por lo tanto, es deber del juez constitucional hacer uso de sus poderes oficioso para garantizar a quienes se vean afectados con la decisión o tengan un interés legítimo en la misma, para que ejerzan su derecho de defensa.

“(iv) Si en el trámite de la acción de tutela puede deducirse razonablemente que se está ante una vulneración de un derecho fundamental pero el juez de primera instancia omitió integrar adecuadamente el contradictorio, dicha integración puede ser adelantada por el juez de segunda instancia o incluso por la Corte Constitucional.

“1.3. Cuando en sede de revisión la Corte advierte la indebida integración del contradictorio, existen dos remedios procesales para subsanarlo. Por un lado, de manera general, una omisión de este tipo implicaría declarar la nulidad de lo actuado, revocar la decisión o decisiones sometidas al examen de la Corte y ordenar la devolución del expediente al juez de primera instancia para que proceda a la vinculación y debida notificación de las partes o interesados, y surta de nuevo las actuaciones pertinentes.”²

Ahora, si bien es cierto en algunas oportunidades la Corte Constitucional, ha aceptado la posibilidad de que se integre el contradictorio en debida forma, aun en segunda instancia, tal opción correctiva del trámite está condicionada a especiales circunstancias, en lo esencial, derivadas de la urgencia del amparo.

Sobre el particular, el alto tribunal ha establecido, lo siguiente:

“En el Auto 181 A de 2016, la Sala Tercera de Revisión afirmó que con fundamento en las normas del Código General del Proceso, a las que remite el artículo 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, la Corte ha consagrado dos procedimientos por medio de los cuales se puede subsanar la nulidad por indebida conformación del contradictorio: en primer término, declarando la nulidad de todo lo actuado, devolviendo el proceso a primera instancia para que se corrijan los errores procesales y se inicie nuevamente la actuación o, en segundo lugar, integrar el contradictorio en sede de revisión, siempre y cuando se cumplan unas condiciones excepcionales. Esas circunstancias, como se reconoció desde el Auto 288 de 2009, tienen que ver con que exista una necesidad o exigencia ineludible de evitar la dilación del trámite tutelar, lo que tiene ocurrencia, entre otras circunstancias cuando se encuentra en juego la protección de derechos como la vida, la salud o la integridad física, o cuando están involucrados personas que son objeto de especial

² Corte Constitucional. Auto 071A de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

protección constitucional o personas en debilidad manifiesta, como la mujer cabeza de familia, los menores o las personas de edad avanzada ”³

Es así que, la falta u omisión de vinculación a quien debe concurrir al proceso genera nulidad del trámite, pues la parte o tercero que tenga interés legítimo, no podrá enterarse de la existencia de una actuación y ejercer su derecho de defensa, lo que en definitiva vulnera el debido proceso y el derecho de contradicción.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600 de Bogotá D.C.**,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del fallo proferido el 29 de noviembre de 2022, por el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela incoada por el señor José Fernando Reina Tolosa, en contra de Constructora Bolívar S.A., para que integre en debida forma el Litis consorcio y vincule al trámite de la tutela a la FIDUCIADIRA DAVIVIENDA S.A., dejando a salvo las pruebas recaudadas.

SEGUNDO: DEVUELVASE por la secretaría del Despacho, el expediente al JUZGADO 29 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA, al email: j29pmcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co, para lo de su cargo.

La notificación a las partes, se debe hacer a los siguientes emails:

ACTOR: josefernandoreinat@gmail.com

CONSTRUCTORA BOLIVAR: notificacionesjudiciales@constructorabolivar.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ

³ 3 Corte Constitucional. SU-116 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.