



ACCIÓN DE TUTELA

68-001-40-88016-2021-00011-00

Bucaramanga, veintiseis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por MARYERLIS OSORIO RUBIO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.095.824.118, actuando en nombre propio, en contra del BANCO DAVIVIENDA S.A. para la protección de su derecho fundamental de petición e información.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El 5 de septiembre de 2020, MARYERLIS OSORIO RUBIO elevó petición ante el BANCO DAVIVIENDA S.A., vía correo electrónico, con el fin de obtener información en torno a los productos financieros números 590048840038323-5 y 59004884038324-3, de los cuales funge como titular y que fueron tramitados en el mes de mayo de 2020.

Explica que en el mes de agosto de 2020, recibió una llamada por parte de un agente del banco, en el que le fue ofrecido el servicio de unificación de ambos créditos, con el fin de cancelar una sola cuota mensual cercana a los \$600.000 y con un plazo de 36 cuotas, empero, dicho acuerdo no fue aplicado, por lo que elevó petición ante el Banco Davivienda invocando la entrega de la grabación de las llamadas sostenidas entre el mes de agosto y el 4 de septiembre de 2020.

De esta forma, en respuesta emitida el 7 de noviembre de 2020 le fue informado el estado actual de su crédito y se generó favorablemente acceder a las llamadas telefónicas, indicándole que podría acercarse a cualquier sucursal y validar las conversaciones. Sin embargo, el 23 de diciembre de 2020 en la oficina del Centro Comercial Cañaveral, le fue negado el servicio bajo el argumento de carecer de competencia para ello. Afirma la accionante que en esa oportunidad recibió por parte de los encargados del Banco un trato displicente, por lo que solicitó colaboración de agentes de la policía para dejar constancia de lo sucedido.

El 30 de diciembre de 2020, recibió una nueva comunicación de la entidad financiera, informándole que podía acudir a cualquier sede del banco, suministrando un radicado con el que podría acceder a las conversaciones, pero al acudir el 8 de enero de 2021 a la sede del banco ubicada en el Centro Comercial Cacique en la ciudad de Bucaramanga, le informaron que no podrían ser entregadas las grabaciones, ni tampoco podría grabarlas con su celular.

Explica que en ambas oportunidades en que se dirigió al banco, de forma abusiva y arbitraria, los funcionarios encargados procedieron a elevar en su nombre, petición de reconsideración, lo que da lugar a un nuevo conteo de términos y a la posibilidad que el banco modifique su respuesta, actuar que considera abusivo.



El 16 de enero de 2021, recibió una nueva comunicación de la accionada a través de la cual le informan que no le es permitido acceder a la grabación de las llamadas, pues sólo puede escucharlas desde cualquiera de las oficinas del banco.

Estima que esa respuesta no puede ser tomada a consideración para declarar la existencia de un hecho superado, pues la misma se originó en escritos elaborados por funcionarios del Banco, sin contar con su autorización, además, la entidad accionada no puede modificar el sentido de su respuesta cuando el 7 de noviembre de 2020 había contestado que si resultaba posible acceder a lo solicitado.

Advierte que al momento de interponer la presente acción constitucional la entidad no ha otorgado respuesta de fondo a su petición, con lo cual se le causa graves perjuicios económicos, pues en un inicio le fue comunicado la aplicación de un beneficio administrativo de unificación de los créditos.

PRETENSIONES

Solicita la accionante se proteja el derecho fundamental de petición y, en consecuencia, se resuelva:

1. Ordenar al BANCO DAVIVIENDA S.A. a dar respuesta a la petición enviada el 5 de septiembre de 2020, haciendo entrega de las grabaciones solicitadas, esto es, las efectuadas para ofrecer el servicio financiero de acumulación de créditos y las sostenidas hasta el 4 de septiembre de 2020.
2. Verificar que la respuesta emitida por la entidad financiera, en realidad constituya una solución de fondo a su petición.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado trece (13) de enero de los corrientes, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción de control constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado al BANCO DAVIVIENDA S.A., para que en el término de un (1) día ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Se vinculó de oficio a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, al FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS y se ofició a la POLICÍA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA.

Respuesta de las entidades accionadas:

1. **BANCO DAVIVIENDA S.A.** indicó que, mediante comunicado del 7 de noviembre de 2020, emitió una respuesta de fondo, expresa, clara, precisa, congruente con lo solicitado el 5 de septiembre de 2020 por la señora MARYERLIS OSORIO RUBIO, la cual fue notificada en la dirección electrónica señalada por la parte demandante (maye_0495@hotmail.com); de tal forma expresó que se encontraba un claro evento de HECHO SUPERADO, por lo que solicita se declare la improcedencia de la solicitud de tutela.

Adjunta como prueba, respuesta dirigida a la peticionaria, informándole que en efecto se ofreció la posibilidad de unificar sus productos financieros, empero, no fueron autorizados por el Gobierno Nacional.



Finalizando su comunicación accediendo a su primera pretensión, para lo cual podría dirigirse a cualquiera de las oficinas y validar las llamadas realizadas por parte del Banco Davivienda y las llamadas realizadas por la cliente.

Frente a su segunda pretensión, no se accedió bajo el argumento de ser una competencia exclusiva del Fondo Nacional de Garantías.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la solicitud de amparo por configurarse un hecho superado.

- 2. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, indicó que no existe registro en su base de datos sobre reclamación o petición formulada con ocasión a los hechos objeto de tutela en contra de la entidad financiera.

Así mismo, señala que de la lectura de los hechos objeto de análisis, se puede concluir que su entidad no tuvo injerencia alguna que pueda adjudicarse una afectación de los derechos fundamentales de la accionante.

Por lo expuesto, solicita su desvinculación por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

- 3. POLICÍA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, COMANDANTE ESTACIÓN DE POLICÍA FLORIDABLANCA**, conforme a lo peticionado, aporta imagen correspondiente al libro de población –folios 55 y 56–, donde obra anotación correspondiente al día 23 de diciembre de 2020, a las 14:27 horas, señalando que atienden el llamado de la ciudadana Mayerlys Osorio Rubio, quien les informa que acudió a la sucursal del Banco Davivienda del Centro Comercial Cañaveral, con el fin de acceder a los registros de llamadas que le hubiere realizado la entidad bancaria, pues en respuesta a un derecho de petición le fue manifestado que podría acudir a cualquier oficina para obtener copia de los registros de audio, pero al llegar a la sede cañaveral, le manifestaron que no eran los autorizados para ello, en consecuencia, los agentes de policía se entrevistaron con el Director y Sub Director de la oficina, quienes afirmaron carecer de competencia para hacer entrega de los registros solicitados por la ciudadana, a quien le sugirieron llamar a la servilínea y solucionar por dicho medio el inconveniente.

- 4. FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS**, explica que es una sociedad de economía mixta cuyo régimen es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo tanto y en virtud de lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, está catalogada como una entidad financiera especial vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Resalta que la garantía que otorga el FNG es a favor de los Intermediarios Financieros quienes requieren el respaldo de la entidad. Es así que estos, son los encargados de solicitar y estudiar los documentos que instrumentan los créditos desembolsados a las personas naturales o jurídicas, pertenecientes al segmento de las Mipymes que, en principio, carecen de garantías suficientes para obtener créditos. En razón a ello no puede entenderse la garantía del FNG como un seguro sino como una fianza, la fianza implica que el fiador es un deudor subsidiario, a quien la Ley le otorga una acción de subrogación legal en los términos de lo establecido en el numeral 3 del artículo 1668 del Código Civil.



Por tal razón y en virtud del otorgamiento de la garantía, cuando se presenta un incumplimiento por parte del beneficiario de la obligación, el FNG paga al intermediario financiero un porcentaje de la obligación insoluta y nace para el FNG el derecho a recobrar los valores pagados, por medio de la figura jurídica de la subrogación legal, la cual opera por ministerio de la Ley, lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1666 del Código Civil.

Sobre el caso de la accionante, relata que de acuerdo con el objeto social del FNG, una vez verificadas las bases de datos respecto de la información de la señora Mayerlys Osorio Rubio, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.824.118, se estableció que el FNG expidió las garantías No. 5635626 y 5635627 por medio de las cuales se garantizó en un 80% los créditos otorgados por el Banco Davivienda para respaldar las obligaciones No. 5900488400383243 por valor de \$ 12.122.000 y 5900488400383235 por valor de \$5.000.000 respectivamente

Las garantías mencionadas anteriormente se encuentran en estado Vigente lo que significa que el Intermediario Financiero no ha realizado la reclamación ante el FNG.

Afirma que el 5 de septiembre de 2020 recibió el derecho de petición radicado por la accionante, otorgando respuesta el 2 de octubre de 2020, fecha en que le fue manifestado que no existe ninguna prohibición a otorgar beneficios o alivios a los clientes por parte de las entidades financieras, por el contrario, se ha procurado el programada especial de Garantía Unidos por Colombia, con el fin de suplir la falta de ingresos a ciertos sectores de la economía.

En dicha comunicación, también le fue informado que, en indagación efectuada ante el Banco Davivienda, sobre el trámite realizado por la usuaria para adelantar la unificación de sus dos obligaciones, a lo que la entidad financiera respondió que no existe solicitud alguna al respecto, sugiriendo que la deudora se acercara al área de cobranza o cartera para realizar la novación de sus obligaciones.

Por todo lo expuesto, invoca se declare la improcedencia de la solicitud de amparo por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de



otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es precisamente la persona que se considera directamente afectada por la conducta esgrimida por la parte demandada. Por lo tanto, al tenor de lo explicado en el título anterior, no existe duda acerca del cumplimiento de este requisito.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, BANCO DAVIVIENDA S.A., es una entidad privada encargada de la prestación de un servicio público y en consecuencia da cumplimiento a los requisitos anteriormente enunciados por lo cual se encuentra legitimada en la causa por pasiva, encontrándose cumplido este requisito.

Ahora bien, este Despacho vinculó de oficio al FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS, entidad frente a la cual también se dirigió petición del que se reclama respuesta y emitió respuesta de fondo dentro de término de Ley.

No ocurre lo mismo frente a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad vinculada de oficio, toda vez que si bien dicha entidad es la encargada de ejercer el control sobre las acciones y omisiones de las entidades del sistema financiero, en el presente evento no es la encargada de resolver de fondo el derecho de petición encaminado a obtener la entrega de las grabaciones de las conversaciones sostenidas entre la accionante y la entidad bancaria.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, los motivos que dan lugar a las pretensiones de la acción datan del siete (7) de noviembre de dos mil veinte (2020), y la presente acción fue interpuesta el trece (13) de enero de los corrientes, por lo que considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, es decir, poco menos de un (1) mes, entre la radicación de la respuesta emitida a la petición y la interposición de la acción de tutela, máxime cuando la parte pasiva de la acción contaba con veinte (20) días para dar respuesta a la pretensión radicada el 5 de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.



septiembre de 2020, de conformidad con el numeral 1° del artículo 14 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, término último que se ha descontar al inicial, con lo cual se encuentra acreditado este presupuesto de procedibilidad.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que como quiera que la pretensión vaya dirigida a recibir una respuesta no existe otro mecanismo que se pueda adelantar.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿El BANCO DAVIVIENDA S.A., vulneró el derecho fundamental de petición de MARYERLIS OSORIO RUBIO, que se deriva del artículo 23 de la Constitución Política, al no dar respuesta favorable a la petición elevada el día 5 de septiembre de 2020 concerniente a la entrega de las grabaciones telefónicas solicitadas por el cliente? (ii) ¿Con la respuesta emitida los días 7 de noviembre de 2020 y 16 de enero de 2021, se configura carencia actual de objeto por hecho superado? (iii) ¿De la eventual vulneración del derecho de petición surge la violación o amenaza de otro derecho fundamental?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de



cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

El derecho fundamental de petición se encuentra reconocido en el artículo 23 de la Constitución Política, en el cual se dispone que toda persona tiene derecho a «presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», constituyendo su núcleo esencial el suministro de una respuesta oportuna y de fondo a la solicitud planteada, abordado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

«a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. (...)

g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.



i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994»².

Ahora bien, según ha señalado la Corte Constitucional para considerar garantizado el derecho fundamental de petición ha de recibirse una respuesta que cumpla con los criterios de suficiencia, efectividad y congruencias, indicando en este sentido que:

«Los presupuestos de suficiencia, efectividad y congruencia también han sido empleados por la Corte para entender satisfecho un derecho de petición. Una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la solicitud y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la contestación sea negativa a las pretensiones del peticionario; es efectiva si soluciona el caso que se plantea (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo planteado y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional»³

Ahora bien, respecto a los términos para resolver este tipo de solicitudes, la ley 1755 ha establecido:

Artículo 14. Ley 1755 de 2015 *Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. 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.

Sin embargo, el decreto **491 de 2020** «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de

² corte constitucional, sentencia t -831a de 2013. mp dr. luis ernesto vargas silva.

³ Corte Constitucional, Sentencia T -172 de 2013. MP Dr. Jorge Iván Palacio Palacio
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica», en el **artículo 5** señala:

"Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. 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 el presente artículo 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 en este artículo. En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011. Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.

Decreto cuya constitucionalidad, fue analizada por la Corte Constitucional que en sentencia C-242 de 2020 en la parte resolutive numeral tercero declaro: "la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 5° del Decreto 491 de 2020, bajo el entendido de que la ampliación de términos que contempla para solucionar las peticiones es extensible a los privados que deben atender solicitudes."

INFORMACION PRIVADA-Definición

La información privada es aquella "que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones" (...). Comprende la relativa a "los libros de los comerciantes, (...) los documentos privados, (...) las historias clínicas o (...) la información extraída a partir de la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva" (...). Igualmente reviste la naturaleza de información privada la información genética que reposa en bancos de sangre, esperma, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares (...). En estos casos, el tipo de información revela dimensiones particularmente importantes de la vida personal, social y económica de las personas y que, debido a expresa disposición constitucional (arts. 15 y 250) o a su naturaleza, solo puede ser divulgada por autorización de la persona a la que se refiere o por la existencia de una decisión judicial. En estos casos, la justificación que explica la posibilidad de divulgar la información, en contra de la voluntad de la persona a la que se refiere, puede hallarse en finalidades especialmente importantes como ocurre, por ejemplo, con la búsqueda de la verdad en un proceso penal.

CARENCIA ACTUAL DEL OBJETO POR HECHO SUPERADO

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la carencia actual de objeto puede presentarse por la configuración de un hecho superado o porque el daño se ha consumado. Sirve como ejemplo para ilustrar la primera de las hipótesis, el hecho que se responda el derecho de petición durante el traslado de rigor o revisión de la acción



de tutela y del segundo evento, cuando fallece la persona respecto de quien requería respuesta.

«**La carencia actual de objeto por hecho superado**, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado.

(...)

La carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.»⁴

En ese orden, se ofrece nítido que sí durante el trámite de la acción de tutela, la persona o entidad a la que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental repara la vulneración o amenaza de la garantía o garantías fundamentales deprecadas, acaece una ausencia de objeto por hecho superado.

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que MARYERLIS OSORIO RUBIO, presentó petición el 5 de septiembre de 2020 ante el BANCO DAVIVIENDA S.A. solicitando la “entrega de copia de todas las llamadas telefónicas que se sostuvieron, con relación al presente procedimiento presuntamente engañoso con esta entidad financiera (desde la primera llamada que ustedes me realizaron para ofrecer el servicio, hasta el día 4 de septiembre de 2020)”.

Dicha petición, se originó luego de que no se aplicara a los productos financieros de la peticionaria, una modificación en el número de cuotas y el valor a cancelar mensualmente por concepto de dos obligaciones crediticias contratadas con dicha entidad.

Al respecto, el banco señaló que ya había otorgado respuesta a la accionante, desde el 7 de noviembre de 2020, resultando claro que conforme al decreto 491 de 2020, la accionada tenía hasta el 5 de octubre de 2020 para ello, por lo que es claro que, dicha respuesta no cumplió el criterio de oportunidad requerido para considerar que se respetó del derecho de petición de la accionante. Lo anterior, porque si bien la entidad, solicitó prorroga para dar respuesta, lo hizo hasta el 6 de octubre, es decir, un día después al vencimiento, teniendo en cuenta que, la fecha concreta de presentación de la petición, conforme a las pruebas del expediente, fue el 5 de septiembre vía correo electrónico.

Sin embargo, advirtiendo la existencia de respuesta a la petición, surge necesario entrar a estudiar si existe carencia actual de objeto por hecho superado, de tal forma que, el despacho debe entrar a analizar las peticiones específicas y las repuestas emitidas, en aras de verificar que las mismas sean de fondo.

PETICIÓN ACCIONANTE	RESPUESTA ACCIONADA
5/Septiembre/2020: La entrega de copia de todas las llamadas telefónicas que se sostuvieron, con relación al presente procedimiento presuntamente	7/Noviembre/2020: Se accede a esta pretensión por lo cual indica que la accionante se puede acercar a cualquiera de las oficinas del banco y validar las llamadas

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2009, MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





engañoso con esta entidad financiera (desde la primera llamada que ustedes me realizaron para ofrecer el servicio, hasta el día 4 de septiembre de 2020)".	realizadas por parte de éste y las llamadas que la cliente realizó.
23/Diciembre/2020: En la sucursal cañaveral le fue negada la entrega de lo solicitado, advirtiéndole la encargada que con el número de la petición no existen los audios solicitados.	30/Diciembre/2020: La entidad ratifica y confirma que, en virtud de la solicitud, ya se encuentran disponibles las grabaciones solicitadas, por lo cual se puede acercarse a cualquiera de las oficinas con el radicado 1-21205326690 para su respectiva validación.
8/Enero/2021: En la sucursal Cacique le indican a la usuaria que no es posible hacer entrega de los audios o grabarlos con su celular,	16/Enero/2021: Davivienda informa que como intermediario financiero tiene la obligación legal de resguardar en debida forma la información económica y financiera de cada uno de sus clientes. Por cuanto, se encuentra protegida por el derecho constitucional de la intimidad, del cual se ha desprendido el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la reserva bancaria. Además es importante indicar que la accionante puede acercarse a una de las oficinas y escuchar dichas llamadas, pero no se puede grabarlas así como indicó en la llamada del día 16 de enero 2021.

Ahora bien, una vez recibida la respuesta por la accionada, observa el despacho que en un inicio, podría considerarse que en forma clara y favorable se dio contestación a la solicitud elevada por la accionante, empero, al momento de materializar el servicio, y así suministrar las grabaciones de las llamadas sostenidas con la cliente, ello no le fue permitido en dos oportunidades, por lo que no resulta factible acceder a la pretensión de la entidad bancaria en torno a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, más aun cuando de manera contraria, a las primeras respuestas, la accionada señala que no dará entrega de los documentos peticionados, pues únicamente podría escucharlas en una sede del banco.

Así pues, observa este despacho que la accionada BANCO DAVIVIENDA S.A. no emitió respuesta congruente, clara y de fondo respecto a las solicitudes de la accionante, pues las respuestas han sido diversas, y contradictorias entre sí, no se han materializado conforme a lo inicialmente respondido, y por el contrario, se advierte que a la accionante le han sido impuestas una serie de impedimentos de diversa índole para materializar su derecho fundamental de petición, limitando con ello igualmente, el acceso a la información que consta en grabaciones de conversaciones sostenidas por representantes de la entidad bancaria con la usuaria, argumentando que se debía preservar el derecho a la intimidad.

El principio tercero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que toda persona tiene derecho al acceso a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, mientras, en el ordenamiento jurídico interno, el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental.





En efecto, el artículo 15 de la Constitución Política prescribe que todas las personas tienen derecho a conocer las informaciones que se hayan recogido en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas. A su turno, el artículo 20 Superior consagró la garantía de toda persona a la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial.

En lo que tiene que ver con la clasificación de la información, la H. Corte Constitucional, en la sentencia T-729 de 2002, estableció una doble tipología. De un lado, señaló que la información se podía catalogar como personal o impersonal en razón a la protección de derechos como la intimidad, el buen nombre y el habeas data, entre otros. Y del otro, la clasificó desde "(...) *un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma*". De conformidad con esta última clasificación, la información puede ser:

"i) Pública o de dominio público, la cual puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal;

ii) Semiprivada, es aquella que por tratarse de información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones, o en el marco de los principio de la administración de datos personales;

iii) Privada, hace referencia a aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones;

iv) Reservada o secreta, es aquella que por versar igualmente sobre información personal y por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular- dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Como por ejemplo, "los datos sobre la preferencia sexual de las personas, su credo ideológico o político, su información genética, sus hábitos".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional define la información privada como aquella que se encuentra en "el ámbito propio del sujeto a quien le incumbe"⁵. En esa misma lógica, cuando el usuario decide grabar una conversación en la que ha participado, no puede predicarse la existencia de un acto que irrumpe la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución Política. Y ello es así, porque carece de sentido atribuirle la acción, por ejemplo, de interceptación o retención de dicha información, a una de las personas que participó en la comunicación.

De esta forma, el derecho comparado, traído a colación por la Corte Suprema de Justicia ha precisado: "*La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (...). E igualmente ha precisado (...) que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18.3 CE debiendo distinguir entre **grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros***"⁶. Pues no constituye violación de ningún secreto la

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008.

⁶ Negrillas fuera del texto original.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además (...) entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y (...) consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas sostenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente frente al Estado.

*Finalmente, cabe traer en cuenta que (...) de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala (...), el secreto de las comunicaciones se vulnera **cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro.***⁷

De esta forma, es claro que la accionante, quien mantuvo conversaciones telefónicas con agentes del banco Davivienda, tiene derecho a acceder a estas, pues fue ella directamente y no otra persona, quien sostuvo con la accionada dicho trato, cuya información reservada le pertenece exclusivamente a ella como titular, de tal forma que la entidad financiera no puede predicar confidencialidad en este caso, ni violación del derecho a la intimidad de la misma usuaria, pues no existe ninguna de las situaciones legales que justifique la activación de reserva o confidencialidad, careciendo de sentido, negar la grabación, por los argumentos de la accionada, a la persona que participó en la comunicación y es su cliente.

Frente al derecho a la intimidad se tiene que la clasificación del tipo de espacio a vulnerar, es un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.

En el presente evento se tiene que el espacio se limitó a una llamada telefónica entre un representante de la institución financiera y la accionante en calidad de titular de algunos productos ofrecidos por el banco, siendo ella la única interesada en los resultados de esa comunicación, y en las modificaciones que se pudieran realizar en sus créditos, por lo que no encuentra asidero jurídico este Despacho en la renuencia de la entidad financiera para efectuar la entrega de las conversaciones en las que se dialogó sobre la modificación de un producto financiero, máxime cuando al inicio de dichas conversaciones se informa al cliente que el objetivo de la grabación es la búsqueda de la calidad en el servicio, y por ende, su transparencia.

Por lo anterior, encuentra este Despacho que no resulta constitucionalmente admisible la negativa emitida el pasado 16 de diciembre de 2020, en la imposibilidad de obtener la grabación de la llamada que en un futuro la accionante al parecer, pretende usar como prueba ante trámite en la Superintendencia Financiera, para denunciar la irregularidad presentada en los beneficios que no fueron aplicados a sus créditos.

Por lo anterior este despacho, en vísperas de que la entidad accionada no materializó la respuesta emitida el pasado 7 de noviembre de 2020, la que con posterioridad fue

⁷ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 2985/2016, entre muchas otras, traído a colación por la H. C.S.J. AP 1465-2018.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co.





modificada, estima procedente conceder la solicitud de amparo por cuanto existió vulneración del derecho fundamental de petición e información, en el sentido de obtener los elementos de prueba requeridos.

Finalmente, el despacho desvinculará A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y AL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS, al no encontrar grado de responsabilidad alguna en su contra, conforme a lo expuesto.

En mérito de lo expuesto, con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – TUTELAR el derecho fundamental de petición y el de información de MARYERLIS OSORIO RUBIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.095.824.118, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – ORDENAR a DAVIVIENDA S.A., que en el término máximo de tres (3) días, realice entrega a MARYERLIS OSORIO RUBIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.095.824.118, de las grabaciones de conversaciones telefónicas sostenidas con ella, por los agentes del banco, entre el 1 de agosto de 2020 al 4 de septiembre de 2020. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la motivación de este fallo.

TERCERO. – DESVINCULAR A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y AL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS, al no encontrar grado de responsabilidad alguna en su contra, conforme a lo expuesto.

CUARTO. – COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

ANGELA JOHANNA CASTELLANOS BARAJAS
JUEZ

JUZGADO 016 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE
BUCARAMANGA-SANTANDER



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Acusatorio Penal
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

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: **4351246f1425b8759519a10fcd7f76a24b80cbf3051c1f320fcfaa7313f4600f**
Documento generado en 26/01/2021 08:50:30 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**