

Floridablanca, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA

RADICADO: 2021-00019

ACCIONANTE: EDUARDO MÉNDEZ (Representante legal de la empresa
EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S.)

ACCIONADO: VIVIENDA INDUSTRIALIZADA DE SANTANDER S.A.S.

ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por el señor EDUARDO MÉNDEZ, en calidad de representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S., contra la empresa VIVIENDA INDUSTRIALIZADA DE SANTANDER S.A.S., ante la presunta vulneración de su derecho de petición.

ANTECEDENTES

1.- El señor Eduardo Méndez como representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S., expuso que el 18 de noviembre de 2020 radicó en la empresa VIVIENDA INDUSTRIALIZADA DE SANTANDER S.A.S. un escrito a través del cual imploró el pago de las retenciones y, adjunto los respectivos soportes de los pagos de FIC de los contratos números 25 y 30, sin obtener respuesta alguna. En virtud de lo anterior, reiteró la solicitud el 7 y 14 de diciembre siguiente, así como el 26 de enero de 2021 – adjuntando los soportes aducidos y las anteriores solicitudes y el silencio imperó nuevamente, motivos suficientes para deprecar el amparo de su derecho.

2.- Una vez se avocó conocimiento, se vinculó al representante legal de la empresa Vivienda Industrializada de Santander S.A.S., quien informó que la petición objeto del presente trámite constitucional ya fue resuelta en debida forma y enviada al correo electrónico del accionante. Así las cosas, imploró se nieguen las pretensiones elevadas, dentro del trámite tutelar.

3.- El 10 de marzo de 2021 el accionante allegó un escrito, a través del cual aclaró que el 8 de marzo de la presente anualidad recibió respuesta a la petición que elevó el 26 de enero anterior, sin embargo, la misma fue superflua frente a lo requerido. Recordó que en la solicitud se requirió el cumplimiento del pago de las retenciones practicadas a los contratos números 25 y 30, el primero de los negocios se celebró el 7 de diciembre de 2016 con un plazo de terminación de la obra de 290 días calendarios, a su turno, el segundo se celebró el 15 de febrero de 2017 con un plazo de duración de 185 días calendarios.

Señaló que en la cláusula cuarta de los referidos contratos se estipuló la forma de pago, así: “el contratante cancelará a el contratista la obra ejecutada mediante actas parciales según cortes de obra efectuadas cada tres semanas. El contratista autoriza retener el diez por ciento del valor de cada acta, como fondo de reserva, para garantizar el cumplimiento del contrato y la calidad y estabilidad de las obras. Tal fondo será devuelto al contratista dentro de los seis meses siguientes a la firma del acta de liquidación del contrato”.

Por lo anterior, concluyo que la devolución de las reservas practicadas en cada contrato, teniendo en cuenta que las actas de terminación se suscribieron el 6 de mayo de 2020, debió cancelarse el 6 de noviembre de siguiente – es decir, dentro de los 6 meses siguientes -, sin que hasta la fecha se cancelara, por lo que consideró que la respuesta no satisface lo pretendido.

CONSIDERACIONES

4.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

5.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 2º del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra particulares, a saber, la empresa Vivienda Industrializada de Santander S.A.S.

6.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que el señor Eduardo Méndez se encuentra legitimado para interponerla en su calidad de representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S.

7.- De acuerdo a lo planteado por el accionante, el **problema jurídico principal** en el caso concreto, se restringe a determinar si la respuesta otorgada por la empresa Vivienda Industrializada de Santander S.A.S. satisface la petición presentada y, por ende, la presunta vulneración constituye un hecho superado.

La **respuesta** al problema jurídico principal surge afirmativa, pues mediante escrito del 8 de marzo de 2021 la empresa Vivienda Industrializada de Santander S.A.S., respondió de forma clara, concreta y de fondo la solicitud elevada, adicionalmente la remitió vía correo electrónico al accionante, conforme documento adjunto. Ahora bien, el hecho que la respuesta no fuera favorable a los intereses del accionante no vulnera ni pone el riesgo el derecho de petición, pues acceder a lo pretendido esta por fuera del núcleo constitucional pretendido.

Como **problema jurídico asociado**, debe determinarse si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para resolver discusiones derivadas de las cláusulas de un contrato de obra civil, que giran en torno a la posibilidad de reclamar el cumplimiento del pago de las retenciones practicadas a los contratos.

La **respuesta al problema jurídico** surge negativa, en tanto que el trámite constitucional se caracteriza por su naturaleza subsidiaria y residual, es decir, que sólo resulta procedente ante alguno de los siguientes supuestos: i) la acreditación de que las vías ordinarias no otorgan una respuesta efectiva al quebranto o resulta inviable esperar a su agotamiento; o, ii) el advenimiento de un perjuicio irremediable que muestra urgente la necesidad de intervención del juez constitucional, circunstancias que no están probadas dentro del presente evento ni pueden inferirse de los elementos de juicio allegados, por lo tanto se torna improcedente lo pretendido.

7.1. Premisas de orden jurídico sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

7.1.1. La ley 1755 de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respecto del término para resolver peticiones establece lo siguiente:

“...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...”

7.1.2 Mediante Resolución N° 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria per causa del nuevo Coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de esta, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del Coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

7.1.3. En virtud de lo anterior, a través del decreto 491 del 28 de marzo de 2020 por medio del 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, el Presidente de la República dispuso lo siguiente:

“... 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.

7.1.4. En cuanto a la respuesta a la petición que se eleve, el máximo Tribunal Constitucional, ha establecido que no está condicionada a ser positiva o que se acceda de manera unánime a las pretensiones del accionante, en ese orden enfatizó:

“...la satisfacción de este derecho se encuentra condicionada a que la entidad emita y entregue al peticionario una respuesta que abarque en forma sustancial y resuelva, en lo procedente, la materia objeto de solicitud, independientemente del sentido. Ello quiere decir que la respuesta negativa comunicada al peticionario dentro de los términos establecidos no significa una vulneración del derecho de petición, puesto que si efectivamente lo contestado atiende de fondo el asunto expuesto se satisface el derecho mencionado. En efecto, la respuesta puede o no satisfacer los intereses de quien ha elevado la petición, en el sentido de acceder o no a sus pretensiones, pero siempre debe ser una contestación que permita al peticionario conocer, frente al asunto planteado, cuál es la situación y disposición o criterio de la entidad competente...”¹

¹Sentencia T-908 de 2014, MP. Mauricio Gonzáles Cuervo.

7.1.5. En lo que respecta al problema jurídico asociado, el máximo Tribunal Constitucional ha establecido que la acción de tutela se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria, por tanto, resulta excepcional ante la existencia de mecanismos ordinarios creados para la protección de intereses de naturaleza fundamental, todo lo cual obedece a “la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la constitución a las diferentes autoridades del Estado y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial”².

En ese sentido, es decir, la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario, el mismo Tribunal ha reiterado de forma reciente que:

“... dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto...”³.

Entonces, la regla general, indica que la acción de tutela solo es procedente si quien la invoca no cuenta con ningún otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida, sin embargo, excepcionalmente, si a pesar de existir uno, este resulta carente de la idoneidad o eficacia, la acción de tutela estaría llamada a resolver la controversia. Precisamente, la Corte Constitucional fijó los siguientes eventos:

“...(i) cuando se acredita que a través de estos {medios ordinarios} le **es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales** y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la *litis* planteada; eventos dentro de los que es necesario entender que se encuentran inmersos los casos en los cuales la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por ello, su situación requiere de una especial consideración por parte del juez constitucional;⁴ y (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como **para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable**, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural...”⁵ Corchete fuera de texto.

²Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2013.

⁴ Ello, en cuanto como producto de las particularidades que circunscriben su caso particular resulta desproporcionado someterlo a los trámites y dilaciones que un proceso ordinario implica.

⁵ Sentencia T-564 de 2015. MP: Alberto Rojas Ríos

7.1.6. Para determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda tildarse de irremediable, la misma Corporación estableció los siguientes requisitos:

“...que **(i)** se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de **certeza** respecto de los hechos y la causa del daño; **(ii)** de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta **irreparable**; **(iii)** el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; **(iv)** se requieran medidas **urgentes** para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y **(v)** las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable...”⁶

7.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque se allegaron los medios de prueba para tal fin o no fue objeto de discusión entre las partes que:

i) En varias oportunidades, la última de ellas el 26 de enero de 2021, el accionante como representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S., radicó en la empresa VIVIENDA INDUSTRIALIZADA DE SANTANDER S.A.S. un escrito a través del cual imploró el pago de las retenciones aplicadas sobre los contratos número 25 y 30 suscritos entre las partes descritas, para lo cual allegó los soportes de rigor y enfatizó en las cláusulas de los referidos negocios;

ii) El 8 de marzo de 2020 – mediante correo electrónico – la empresa accionada le respondió que: “en la petición se remitió soporte de pago FIC necesario para efectuar la devolución del fondo garantía. No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta, que a la fecha, existen una serie de reclamaciones elevadas por la unidad residencial MONTESOL A VISSA S.A.S. en razón a presuntas fallas tanto de acabados como de orden estructural. Por tal motivo, en caso de considerarse necesario, VISSA SAS deberá acudir igualmente a solicitar garantía de sus respectivos contratistas, subcontratistas y proveedores para poder hacer las respectivas revisiones y de considerarse pertinente, atender las solicitudes, es por tal razón, que respetuosamente VISSA S.A.S. se reserva el derecho a efectuar reclamaciones ante EDUARMEN S.A.S. y habiéndose determinado lo pertinente del caso, proceder a efectuar la devolución total de la retención o el saldo previa deducción de los rubros a que haya lugar”.

⁶Consultar entre otras sentencias: T-132 de 2006, T-463 de 2012, T-706 de 2012, T-063-13 y T-090 de 2013.

iii) El accionante en escrito radicado en el correo institucional del juzgado el 10 de marzo de la presente anualidad señaló que la respuesta otorgada por la entidad accionada fue superflua porque desconoce el contenido de la cláusula cuarta de los contratos suscritos, respecto al plazo para la devolución de las retenciones aplicadas.

8.- Conclusiones. Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas jurisprudenciales y legales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. El núcleo esencial del derecho de petición se concreta en la respuesta clara, precisa y oportuna de lo pretendido, de nada serviría la posibilidad de elevar solicitudes frente a distintas autoridades u entidades, si se limitan a resolver de manera superflua lo pretendido. Ahora bien, ello no implica que la contestación deba ser favorable a los intereses de quien realiza el requerimiento.

8.2. Oportuna, quiere decir, dentro del término establecido, el cual de manera general es de 15 días, no obstante, conforme al art. 5 del decreto 491 de 2020 el término se expande a 30 días. Clara, concreta, precisa y de fondo, hace alusión a la calidad de la respuesta ya que no puede ser superflua. Además, debe ser puesta en conocimiento del peticionario. De lo contrario se vulnera el derecho constitucional.

8.3. Es evidente que la respuesta a la solicitud que se eleve no implica la aceptación de lo requerido, ni se concreta siempre en una respuesta por escrito.

8.4. En el caso concreto, es claro que la entidad accionada resolvió de manera clara, concreta y de fondo la solicitud elevada por el accionante aunque de forma extemporánea, situación esta última que no deslegitima que en la actualidad la problemática se remita a un hecho superado, puesto que el accionante tiene conocimiento de la respuesta por lo que así no fuese favorable a sus pretensiones, lo cierto es que salvaguardó la garantía constitucional.

Se reitera el hecho que la respuesta no fuera favorable a los intereses del accionante no vulnera ni pone el riesgo el derecho de petición, pues acceder a lo pretendido esta por fuera del núcleo constitucional de la garantía reclamada.

8.6. En cuanto al problema jurídico asociado, lo primero que debe señalarse es que la pretensión por ser de carácter económico estaría fuera del amparo constitucional, amen que la presunta afectada es una empresa y, por tanto, no se establece vulneración al mínimo vital; de oro lado: la naturaleza residual y subsidiaria que embarga el trámite constitucional exige que la

procedencia del mecanismo se vincule a la acreditación de que las vías ordinarias no otorgan una respuesta efectiva al quebranto o resulta inviable esperar a su agotamiento.

En el caso concreto, es evidente que el accionante no acudió a la vía jurisdiccional ordinaria, por el contrario, lo que pretende es prescindir de la misma y acudir de forma directa a la acción constitucional, relevando de la competencia explícita que tiene la jurisdicción civil sobre la materia, escenario natural en el que se podrá discutir de fondo la problemática.

Como es apenas obvio, si no acudió al trámite ordinario a través de la jurisdicción civil en el que deben discutirse los términos del contrato y la validez de las cláusulas, imposible resulta afirmar que la respuesta no es efectiva ni mucho menos que el accionante –representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S.- padece de una situación apremiante.

Por el contrario, surge evidente el afán del accionante por sortear la jurisdicción ordinaria para que el juez de tutela asuma una competencia a la que sólo puede arribar de manera excepcional, desconociendo el escenario natural en el que debe desatarse la problemática que expone.

8.7. Ahora bien, no es que se afirme por el despacho que el accionante no tiene razón sobre lo que implora – tampoco que la tiene – lo que sucede es para dirimir el conflicto cuenta con la vía ordinaria civil para discutir la problemática que pretende que se solvete en un término de 10 días a través del mecanismo excepcional de la acción de tutela; en la vía idónea, podrá hacer valer los medios de prueba con los que cuenta al igual que la entidad demandada y, el juez, experto en la materia resolverá luego de su análisis lo correspondiente.

En consecuencia, la acción de tutela interpuesta resulta improcedente porque no se probó la ineficacia o inoperancia de la vía ordinaria y tampoco se encuentra demostrada el acaecimiento de un perjuicio irremediable que permita el estudio de fondo del problema jurídico puesto a consideración; de lo que se colige que el trámite no superó los requisitos de subsidiariedad y residualidad.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por el señor EDUARDO MENDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 91'252.827 como

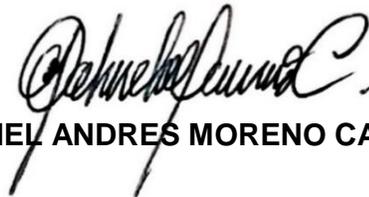
representante legal de la empresa EDUARMEN CONSTRUCCIONES S.A.S., contra la empresa VIVIENDA INDUSTRIALIZADA DE SANTANDER S.A.S., conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta decisión.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,



GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA