

Sentencia T-355/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIVIENDA DIGNA-Reglas para la procedencia de la acción de tutela

Esta Corte ha identificado una serie de elementos necesarios para la procedencia del amparo en aquellos casos en que se pretende la protección del derecho a la vivienda digna en casos de incumplimiento de las obligaciones legales con las familias asentadas en zonas declaradas como de alto riesgo, estos son: “(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, y, (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Improcedencia por incumplir requisitos de subsidiariedad e inmediatez

Referencia: Expediente T-6.657.299

Acción de tutela interpuesta por Dubys Belén Romero García en contra de la Alcaldía Municipal de Pivijay y Aguas del Magdalena.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido, en primera instancia, por el Juzgado

Segundo Promiscuo Municipal de Pivijay-Magdalena el 04 de octubre de 2017, revocado en sentencia del 21 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pivijay-Magdalena, dentro de la acción de tutela promovida por Dubys Belén Romero García en contra de la Alcaldía Municipal de Pivijay y Aguas del Magdalena S.A. ESP, en adelante Aguas del Magdalena.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 23 de marzo del 2018, proferido por la Sala de Selección Número Tres[1].

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

1. La tutelante, Dubys Belén Romero García, informó que tiene 58 años de edad, es soltera, ama de casa, y convive con su hija quien provee el sustento del hogar. Además, están a cargo de la crianza de su sobrino Jesús Javier Hernández Castro de 7 años de edad.[2].

2. Manifestó que la vivienda donde reside desde hace más de 20 años junto con su familia, presenta grietas causadas por las obras de adecuación de la red de alcantarillado municipal realizadas por la empresa Aguas del Magdalena[3]. Afirmó la accionante, que en desarrollo de estas labores se hizo remoción del material que compone el suelo, esto debido a la necesidad de compactación del terreno y como consecuencia de esta intervención, la construcción de su vivienda comenzó a ceder, y se produjeron fisuras de 1 a 2 metros de longitud[4].

3. Agregó la tutelante, que los daños comenzaron a aparecer 4 o 5 meses después de haber finalizado los trabajos de adecuación de la red de alcantarillado; que estos consistieron inicialmente en pequeñas fisuras, pero luego se hicieron grietas más grandes[5]. Sostuvo que en razón a lo anterior, hizo reparaciones en su vivienda tales como: (i) levantamiento de columnas de concreto armado, (ii) colocación de elementos de acero para que cumplieran la función de grapas, de tal manera que unieran las secciones separadas por la fisura, y (iii) relleno de las áreas con una mezcla de cemento. Sin embargo, los daños reaparecieron, y aunque se volvieron a contratar obras, estas no fueron efectivas para mitigar las fallas estructurales. En definitiva, manifestó que sigue comprometida la

integridad de su familia[6].

2. Pretensiones y fundamentos de la acción

4. La tutelante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vivienda digna, igualdad y vida digna. En consecuencia, que se ordene la realización inmediata de las obras de adecuación de su vivienda, y el traslado de su familia, entre tanto se adelanten los trabajos de adecuación. Fundamentó su pretensión en los fallos de tutela T-596 de 2012 y T-264 de 2016, entre otros, en los que se amparó el derecho a vivienda digna[7].

3. Respuesta de las entidades accionadas

3.1 Alcaldía municipal de Pivijay

5. En primer lugar, expuso que los trabajos fueron realizados por Aguas del Magdalena y supervisados por la Gobernación del Magdalena, lo cual escapa a sus competencias. En segundo lugar, hizo saber que no tiene constancia de la situación fáctica referida por la accionante, y que de las pruebas aportadas no se puede determinar que exista un nexo causal entre la adecuación de la red de alcantarillado y el deterioro de la estructura de la vivienda. Por el contrario, puede constatarse con el Servicio Geológico Colombiano, que en los últimos 7 años el municipio de Pivijay ha sido epicentro de doce sismos[8]. En razón de lo anterior, la entidad territorial sostuvo que la acción no está llamada a prosperar, pues la tutelante tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[9].

3.2 Aguas del Magdalena S.A. ESP.

6. La empresa Aguas del Magdalena S.A. ESP, solicitó se nieguen las pretensiones de la accionante, en razón a los siguientes argumentos:[10]

7. Inexistencia de acción u omisión de Aguas del Magdalena SA ESP, que permita imputarle la vulneración de los derechos alegados por la accionante. Al respecto señaló que no está demostrado que las obras por parte de Aguas del Magdalena afectaron la vivienda de la accionante -obras ejecutadas hace más de 7 años-. Advirtió que, por el contrario, la causa generadora de esa situación, ha sido la ocurrencia de más de 10 temblores de tierra en el municipio a partir del año 2012. Basó tal aseveración en un informe técnico en el que

se concluyó: (i) que las grietas que presentan la mayoría de viviendas obedecen al sistema constructivo, pues estas carecen de cimentación, y (ii) las fallas sísmicas, en particular, una de magnitud $M_w=3.6$ a un radio menor de 40 Km del municipio de Pivijay, que magnificó la aparición de las grietas ocasionados por los procesos de expansión y contracción de los suelos arcillosos de Pivijay.

8. Falta de inmediatez de la acción de tutela. En relación con este aspecto, señaló que en el presente caso, las obras realizadas por Aguas del Magdalena, iniciaron el 31 de enero de 2011 y culminaron el 11 de julio de 2012, según fecha de recibo final de obra. El 17 de abril de 2012 la tutelante suscribió acta de recibo del inmueble, en la que se hizo saber que el inmueble se entregó en idénticas condiciones que las registradas en el inventario físico, previo al inicio de la obra.

9. Improcedencia de la acción de tutela. A su juicio, lo que pretende la accionante es el reconocimiento económico en la reparación de su vivienda, y para esto, el juez constitucional no puede reemplazar la competencia del juez ordinario, donde sí se pueden discutir los aspectos constitutivos de la responsabilidad: hecho, daño y nexo causal.

10. Ausencia de perjuicio irremediable. En tanto que no se encuentra demostrada la ocurrencia de un daño irremediable, pues no existe un estudio que arroje como resultado que la vivienda se va a desplomar.

3.3 Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA-

11. La Compañía Aseguradora solicitó que se declare improcedente la tutela y adicionalmente, su desvinculación del trámite de la misma. Para sustentar su petición, adujo las siguientes razones: (i) no existe orden de evacuación inmediata por parte del comité de riesgos o acta de autoridad competente que obligue el desalojo inmediato de la vivienda, como tampoco se cuenta con un estudio que arroje como resultado que la vivienda se va a desplomar. Por tanto, no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, (ii) el único facultado para reclamar alguna indemnización con cargo al contrato de seguro es el beneficiario de la póliza, Aguas del Magdalena; (iii) no existe vulneración de derechos fundamentales por parte de la compañía aseguradora a la tutelante, y (iv) la tutela es improcedente porque existe otro mecanismo para que la accionante exija su derecho[11].

3.4 Integrantes del Consorcio Pivijay 2010

12. Yamil Sabbagh Solano en su calidad de integrante del Consorcio Pivijay 2010, solicitó su desvinculación de la acción de tutela en razón a que el contrato fue liquidado el 5 de octubre de 2012, es decir 5 años antes de la causación de los supuestos daños objeto de tutela. Indicó, que existe constancia según la cual, el municipio recibió a satisfacción las obras intervenidas. Por lo tanto, el contrato se liquidó sin salvedad alguna que denotase falencias técnicas durante la ejecución, o daños pendientes por reparación. De manera adicional señaló que la tutela adolece de (i) improcedencia de la acción, (ii) inexistencia de peligro inminente, y (iii) falta de demostración de nexo parental entre la tutelante y el sobrino, respecto del cual afirma que convive con ella y se encuentra a su cargo[12].

13. Orlando Bianchi Banfi, en su calidad de representante legal de la sociedad D&D S.A, miembro del liquidado consorcio Pivijay 2010, solicitó que sea desvinculado del trámite de tutela, por las mismas razones que expuso Yamil Sabbagh Solano. Como argumentos adicionales señaló: (i) que la sentencia T-264 de 2016 es inaplicable al presente caso, porque en dicho precedente se interpuso la acción a los 3 años de haberse terminado las labores por el Consorcio Pivijay, en cambio, la tutelante Dubys Belén Romero, interpuso la acción 5 años después, lapso en el cual pudo haber interpuesto la acción civil de responsabilidad extracontractual o la acción de reparación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa[13].

14. Luis Carlos Nader Muskus, actuando como representante legal de la sociedad Construcciones Namus S.A., integrante del liquidado Consorcio Pivijay 2010 se opuso a la vinculación de la sociedad que representa, con fundamento en argumentos similares a los presentados por las otras integrantes del Consorcio Pivijay 2010, y adicionalmente, llamó la atención sobre los siguientes aspectos:

(i) Transcurrieron más de 5 años desde el momento en que se suscribió el acta de recibo final, sin que se hubiese hecho alguna reclamación por la entidad contratante o por particulares afectados con ocasión de las obras ejecutadas.

(ii) Las pretensiones de la tutela, están dirigidas contra las entidades estatales quienes tienen el deber constitucional de garantizar el derecho a la vivienda digna.

(iii) Las obras ejecutadas, fueron trabajos de canalización en las vías públicas con profundidades que no superaron los dos metros y las excavaciones se realizaron con mano de obra y de manera excepcional con pequeñas máquinas excavadoras y compactadoras tipo “BobCat” y “Pajaritas”, y en general, maquinaria amarilla y volquetas convencionales.

(iv) No está acreditada la existencia de sujetos de especial protección constitucional que residan en la vivienda

(v) El concepto de falla estructural propio de la ingeniería civil, se refiere a un colapso en el cual la estructura se rompe en pedazos, y por tanto, la estructura deja de cumplir con su función de manera adecuada. Las viviendas que se construyen sin estudios de suelo, sin cálculos estructurales y con malos cimientos, como la de la tutelante, causan que un edificio se hunda o se incline, alterándose la distribución de cargas en la estructura, lo que causa grietas en paredes, vigas o muros. Sin embargo, muchos de estos agrietamientos no alcanzan la connotación de estructurales, pues solo son fisuras de tipo estético.

(vi) La Corte Constitucional con la sentencia T-264 de 2016 erró al concluir que la vivienda sufrió una “falla estructural” derivada de los trabajos de acometida del alcantarillado sanitario realizado en el espacio público[14].

4. Decisiones objeto de revisión

4.1 Trámite de primera instancia

15. Dentro del trámite de tutela de primera instancia, cuyo conocimiento estuvo a cargo del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Pivijay-Magdalena, se presentó un informe pericial que arrojó como conclusión: (i) se observaron daños en la parte estructural de la vivienda, que generaron agrietamientos a nivel de plantillas y muros de la misma, lo que implica un riesgo alto para quienes habitan en la vivienda, y que se verificó que las fallas de inestabilidad del terreno se produjeron por la profundidad de las excavaciones realizadas para las infraestructuras municipales[15].

16. Ese despacho judicial, mediante sentencia proferida el 31 de agosto de 2017, decidió negar la tutela presentada, por falta de legitimación por activa. El juez llegó a tal

conclusión, porque la tutelante no aportó medio probatorio alguno que permitiera acreditar su derecho de disposición sobre el inmueble[16].

17. La tutelante impugnó la decisión del juez de primera instancia, y, precisó, que si tiene la calidad de propietaria. Para acreditar tal condición, aportó una liquidación oficial del impuesto predial que se expidió a su nombre, y adicionalmente, dos declaraciones extraproceso, según las cuales la tutelante ha ejercido la posesión sobre el bien inmueble objeto de tutela[17].

18. En sede de segunda instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pivijay Magdalena, el 19 de septiembre de 2017, decretó la nulidad desde el auto admisorio de tutela, y ordenó la devolución del expediente al juez de primera instancia, para que vinculara dentro del trámite de la acción a las entidades: D&D S.A, CONSTRUCCIONES NAMUS S.A., SABBAGH SOLANO SAMIL[18] y CONFIANZA CORPORATE SOLUTIONS[19]. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Pivijay, mediante Auto de fecha 25 de septiembre de 2017 dio cumplimiento a lo ordenado por el superior jerárquico.

19. En providencia de 04 de octubre de 2017, el juez de primera instancia negó por improcedente la acción de tutela presentada por Dubys Belén Romero García y ordenó desvincular a D&S S.A., CONSTRUCCIONES NAMUS S.A., SABBAGH SOLANO YAMIL Y CONFIANZA CORPORATE SOLUTIONS. Estimó el despacho judicial, que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad de la tutela, toda vez que no se está en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable y en consecuencia, los conflictos entre la tutelante y la parte accionada deberán ser resueltos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[20].

4.2 Trámite de segunda instancia

20. Una vez proferido el fallo de primera instancia, los integrantes del liquidado Consorcio Pivijay 2010 remitieron con destino al proceso de tutela el acta de vivienda de fecha 21 de agosto de 2011[21], y el acta de entrega y recibo del inmueble suscrita el 17 de abril de 2012 entre la tutelante, el Consorcio Pivijay 2010 y el Interventor del contrato. En este último documento, se hizo constar que la tutelante recibió a satisfacción el inmueble y declaró que Aguas del Magdalena S.A. ESP y el Consorcio Pivijay 2010 se encuentran a paz y salvo “por concepto de daños ocasionados a su vivienda, dado que estos fueron

reparados o indemnizados en su totalidad”.[22]

21. El despacho de conocimiento, ordenó mediante Auto del 10 de noviembre de 2017, que se complementara el dictamen pericial rendido en el trámite de tutela. En consecuencia, el informe se adicionó con las siguientes observaciones: (i) descarta la posibilidad de que las grietas y fisuras sean causadas por evento natural, pues Pivijay está asentado sobre una zona sísmica baja. (ii) la maquinaria al momento de excavar ejerce presión sobre el suelo y esa presión se ve reflejada en la estructura del inmueble por el peso de la misma que asciende aproximadamente a 10 toneladas en un área de cuatro por cuatro, y como recomendación señaló: “Reforzar las cimentaciones con vigas de amarre en su totalidad, y para los muertos se sugiere colocarle columnetas en concreto armado con acero 1/2. También es conveniente resanar las grietas de muros y planillas ya que esas grietas han deteriorado parte de la cerámica, de los pañetes del estuco y pintura entre otros”[23].

22. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Pivijay, en sentencia del 21 de noviembre de 2017, resolvió revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar amparar el derecho fundamental a la vivienda digna del tutelante. Esta decisión se motivó en las siguientes consideraciones: (i) es procedente la acción, porque es ostensible la indefensión en la que se encuentra la accionante y su núcleo familiar, (ii) las pretensiones de la tutela, se dirigen a la reparación y protección de la vivienda, más no al reconocimiento y pago de perjuicios, en razón a ello, la tutelante no cuenta con otro mecanismo judicial que sea idóneo para la protección de su derecho, (iii) según el dictamen pericial, los daños ocasionados generan un riesgo a los habitantes de la vivienda, y además, las grietas y fisuras son producto de la inestabilidad del terreno generada por las excavaciones profundas con ocasión de los trabajos de optimización y ampliación del sistema de alcantarillado sanitario; (iv) con base en el acta de vecindad suscrita entre la parte accionada y la tutelante, se pudo determinar que la casa ubicada en la calle 17 No. 14-23 se encontraba en buen estado, previo al inicio de los trabajos ordenados por Aguas del Magdalena S.A., y (v) concluyó que a la tutelante se le sigue causando una seria afectación a su derecho, pues la accionada no ha realizado las reparaciones a su vivienda, condición que puede agravarse si se tiene en cuenta que la accionante sigue habitando el inmueble. De otra parte, este fallo utiliza como precedente jurisprudencial la sentencia T-264 de 2016 dictada por esta Corte[24].

5. Actuaciones en sede de revisión

23. El 24 de abril de 2017, el despacho del Magistrado Sustanciador realizó llamada telefónica a la accionante, con el fin de que informara si se habían adelantado las obras de adecuación de su vivienda y que fueron ordenadas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pivijay. En respuesta a esta solicitud, la tutelante remitió, vía correo electrónico, el auto de 16 de marzo de 2018 proferido por el despacho judicial en mención, que resolvió abstenerse de imponer sanción, con ocasión del incidente de desacato presentado por la accionante[25]. Así mismo, remitió el acta de recibo de obras del 04 de mayo de 2018, suscrita por la empresa Aguas del Magdalena y la tutelante, en la cual se describen las labores adelantadas con ocasión de la reparación de la vivienda[26].

24. De igual forma se remitió por parte de la Personería vía correo electrónico, copia del oficio en el cual se le comunica del auto de 30 de abril de 2018 que ordenó admitir el nuevo incidente de desacato presentado por la tutelante[27].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

25. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con lo prescrito por los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

26. Le corresponde a la Sala establecer, de manera preliminar, si la acción de tutela cumple con los requisitos para su procedencia, en especial en aquellos casos en que se pretende el amparo del derecho fundamental a la vivienda digna. De hacerlo, la Sala debe determinar el problema jurídico de fondo a resolver, de cara a la protección de los derechos fundamentales alegados por el tutelante.

3. Análisis del caso concreto

3.1. Legitimación en la causa

27. Con relación a este requisito[28], de un parte, la tutelante es titular del derecho a la vivienda digna que alega como vulnerado. Por otra parte, Aguas del Magdalena S.A. ESP. es la entidad estatal a la que la parte actora le imputa la violación de sus garantías fundamentales.

3.3 Del requisito de subsidiariedad en los casos de amparo del derecho fundamental a la vivienda digna

28. En cuanto al carácter subsidiario de este mecanismo constitucional, es de precisar que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a esta. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[29].

29. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 51 de la Constitución, todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna y será el Estado el que fije las condiciones necesarias para su efectividad, además, este promoverá planes de vivienda de interés social que garanticen la efectividad del derecho. Sumado a lo anterior, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008, entre otras, la Corte ha señalado que la vivienda digna es un derecho fundamental autónomo susceptible de protección a través de la acción de tutela. Esta posición se ha fundamentado, entre otras[30], en las obligaciones adquiridas por Colombia en la firma de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales han sido incorporados por la jurisprudencia de esta Corte al denominado bloque de constitucionalidad[31], los cuales reconocen a la vivienda digna como un derecho humano. Además, al ser incorporados en el bloque de constitucionalidad, prevalecen en el orden interno, por lo cual amplían el catálogo de derechos constitucionales fundamentales, son criterio de interpretación del ordenamiento jurídico y parámetro de constitucionalidad.

30. Ahora bien, el reconocimiento del carácter iusfundamental o a la vivienda digna por la jurisprudencia constitucional colombiana no implica que, para la protección de cualquier faceta o prestación concreta de este derecho, siempre resulte procedente la acción de tutela. En relación con el derecho a la vivienda digna, como ocurre con cualquier otro derecho social, económico y cultural, esta Sala considera que su amparo excepcional a través de la acción de tutela exige que el Juez examine las circunstancias concretas de la vulneración o amenaza del derecho y del sujeto titular del mismo y, a partir de este análisis, determine si esta acción resulta procedente en el caso concreto[32].

31. En ese orden de ideas, en relación con la vulneración del derecho a la vivienda digna, la procedencia de la acción de tutela debe valorarse de acuerdo con las “condiciones jurídico – materiales del caso en concreto”[33]. Por ejemplo, esta Corte ha identificado una serie de elementos necesarios para la procedencia del amparo en aquellos casos en que se pretende la protección del derecho a la vivienda digna en casos de incumplimiento de las obligaciones legales con las familias asentadas en zonas declaradas como de alto riesgo, estos son: “(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, y, (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.”[34]

32. De acuerdo con lo anterior, si la Corte ha fijado estos requisitos para casos de vivienda digna que revisten una situación fáctica de mayor gravedad, con mayor razón, resulta razonable que en el presente asunto se verifique la acreditación de tales condiciones.

33. En relación con la primera condición: inminencia del peligro, según las pruebas que obran en el expediente, observa la Sala que no se acredita. El contrato suscrito entre el Consorcio Pivijay 2010 y Aguas del Magdalena se desarrolló entre el 31 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2012, y se liquidó el 05 de octubre de 2012. El 17 de abril de 2012 se suscribió acta de entrega y recibo del inmueble entre la accionante y el Consorcio Pivijay 2010. Por tanto, toda la intervención y actividad constructiva se desarrolló antes del 30 de abril de 2012, y según la tutelante los daños comenzaron a presentarse 4 o 5 meses después de que fueron entregadas las obras. Observa esta sala, que el transcurso de este largo período de tiempo, descarta por sí solo la situación de inminencia en el caso materia

de estudio.

34. En relación con la segunda condición: la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo, considera esta Sala que no se acredita. La accionante informó que tiene a su cargo la crianza de su sobrino quien al momento de presentar la acción tenía 7 años de edad. Sin embargo, la condición exige que el sujeto de especial protección se encuentre en riesgo, y como se analizó en el f.j. 33 supra, de la situación fáctica no deriva una circunstancia según la cual se presente un riesgo cierto e inminente para la accionante, o su grupo familiar.

35. En relación con la tercera condición: (iii) la afectación del mínimo vital, tampoco se acredita. En el caso en concreto no hay ninguna prueba dentro del proceso de tutela que acredite que los daños presentados en la vivienda como grietas y fisuras, ponga en peligro, de manera actual, el mínimo vital de la accionante.

36. En relación con la cuarta condición: iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, no se acredita. En el asunto que se estudia, no hay ninguna evidencia que le permita al juez de tutela inferir que la peticionaria y su núcleo familiar se encuentren en una situación tal que afecte actual y gravemente su dignidad humana, así como sus derechos a la vida o la salud.

38. De otra parte, en el presente caso tampoco se acredita un supuesto de perjuicio irremediable o situación alguna que amerite la intervención excepcional del juez de tutela, pues de una parte, no se establece la inminencia del riesgo que ponga en peligro los derechos fundamentales de la tutelante o los de su núcleo familiar, y de otra parte, se puede evidenciar que la pretensión de la accionante se concreta al plano meramente indemnizatorio. Vale destacar, que con ocasión del fallo de tutela de segunda instancia la empresa Aguas del Magdalena ya realizó obras de reparación de la vivienda de Dubys Belén Romero García mediante el contrato CO-SMC-001-2018, las cuales fueron entregadas el 04 de mayo de 2018[38], y que a pesar de dicha intervención, la tutelante manifiesta que no recibe a satisfacción los trabajos adelantados, situación que supera el objeto y la finalidad de la acción de tutela.

39. Por todas estas razones resulta desacertado aplicar, como lo hizo el juez de segunda instancia en el trámite de la presente tutela, la sentencia T-264 de 2016 como precedente

vinculante, pues sin duda en dicha oportunidad la Corte se pronunció sobre un litigio constitucional que planteaba un estado de cosas distinto, como lo fue, principalmente, la oportuna actuación de la tutelante, que por demás acreditó, para el momento de ocurrencia de los hechos, la inminencia del peligro que podría dar lugar a la configuración de un perjuicio irremediable. Estos dos aspectos difieren de lo que ocurre en el presente asunto, como acaba de verse y como se advertirá en seguida cuando se verifique el cumplimiento del requisito de inmediatez. En esa medida el presente litigio constitucional no es subsumible en el antecedente jurisprudencial invocado[39].

3.2 Inmediatez

40. Aunado a lo anterior, en el presente caso tampoco se acredita el requisito de inmediatez de la acción de tutela, pues la Sala advierte que la acción de tutela no se ejerció de manera oportuna.

41. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término oportuno, justo y razonable[40]. Así mismo ha indicado que en algunos casos 6 meses podría ser el término razonable, y que en otros, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio[41]. La sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica: “cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional”. Sin embargo, la declaratoria sobre el incumplimiento del requisito de inmediatez no se reduce a una valoración automática del juez de tutela entre la fecha de vulneración y la fecha de interposición de la acción, sino que se debe estudiar cada caso en concreto[42]. Producto de este análisis, se podrá determinar si existen o no razones admisibles para flexibilizar la inmediatez.

42. En el presente caso, dado que transcurrieron más de 5 años entre la fecha de entrega de la vivienda a la tutelante por parte de Aguas del Magdalena, (17 de abril de 2012) y la fecha de presentación del escrito de amparo, (17 de agosto de 2017) resulta evidente que con la resolución favorable a las pretensiones de la accionante se pueden ver afectados los

derechos de la parte accionada Aguas del Magdalena, e incluso de los integrantes del liquidado Consorcio Pivijay 2010, estos últimos en su calidad de terceros afectados. Para estos supuestos, en que el ejercicio inoportuno del amparo implica la posible vulneración de derechos de terceros, esta Corte ha precisado algunos presupuestos que el juez constitucional debe constatar: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados[43].

43. En cuanto al primer criterio. En el escrito de tutela no se exponen los motivos por los cuales la parte actora interpone de manera tardía la acción de tutela. Según declaración juramentada, la tutelante informó que los daños a su vivienda comenzaron a producirse 4 o 5 meses después de que se culminaran las obras contratadas por la empresa Aguas del Magdalena, es decir, que desde agosto o septiembre de 2012 se tuvo conocimiento de la posible afectación a los derechos fundamentales, y solo hasta 5 años después se presentó la solicitud de amparo. En el expediente tampoco existe constancia o prueba de que la parte accionante haya intentado otras vías o gestiones para exigir los derechos que alega como vulnerados.

44. En cuanto a los criterios segundo y tercero. La inactividad de la tutelante implica que el litigio constitucional puesto en marcha después de un tiempo considerable, necesariamente involucre de manera personal a los integrantes del Consorcio Pivijay 2010, que actualmente se encuentra disuelto[44], pues conduciría a debatir en sede de tutela la responsabilidad patrimonial por la ejecución de un contrato estatal que se encuentra jurídicamente liquidado y frente al cual quedó superada toda posibilidad de debate, en términos oportunos, ante el juez natural del contrato. Esto por cuanto la determinación de los daños causados en la vivienda de la accionante requiere discutirse dentro del proceso ordinario, con un debate probatorio amplio que permita establecer cuáles fueron las verdaderas causas de estos daños, y en definitiva, determinar si a la parte accionada se le puede endilgar responsabilidad alguna. Por tanto, llegar a tal conclusión implicaría un grave desconocimiento de los derechos fundamentales de la empresa accionada, a ser convocada a juicio dentro de los plazos previstos en el ordenamiento como garantía del debido proceso, y de las personas que conformaron el Consorcio.

45. De otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el requisito de inmediatez se puede flexibilizar, siempre y cuando de acuerdo con la valoración que realice el juez, el caso se enmarque dentro de alguno de los siguientes supuestos: “(i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”[45].

46. Observa esta Sala, que en el caso objeto de estudio no se demostró que la vulneración permanezca en el tiempo, pues precisamente el elemento característico para que proceda el amparo del derecho a la vivienda digna es “la inminencia del peligro[46]”, es decir, que en estos eventos se requiere de la intervención urgente por parte del juez de tutela para proteger los derechos fundamentales de la parte accionante. Por el contrario, el ejercicio inoportuno de la acción deja en evidencia que las fisuras y grietas presentadas en la vivienda de la accionante, pese a lo afirmado por el perito en relación con la situación de riesgo de la vivienda (f.j.22), no constituyen por sí solas la existencia de un peligro inminente.

47. En relación con el segundo presupuesto para excepcionar el requisito de inmediatez, encuentra esta Sala, que la tutelante no acredita alguna condición especial frente a la cual pudiera resultar desproporcionada la exigencia de tener que acudir al juez constitucional dentro de un término razonable.

48. Como resultado del anterior análisis, en el presente caso no se acredita el requisito de inmediatez, circunstancia que, aunado a la falta de subsidiariedad, da lugar a declarar la improcedencia de la acción.

4. Conclusión

49. De conformidad con las razones que anteceden, la Sala declarará improcedente la acción de tutela por incumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 21 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pivijay, que revocó el fallo de primera instancia, y, tuteló el derecho fundamental a la vivienda digna de la accionante. En su lugar, CONFIRMAR la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Pivijay, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por Dubys Belén Romero García en contra de la empresa Aguas del Magdalena S.A: ESP, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-355/18

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, salvo el voto en el asunto de la referencia, pues considero que: (i) el caso cumplía los requisitos de procedencia y, por ello, ameritaba un estudio de fondo; y (ii) la Sentencia T-264 de 2016[47] constituía precedente aplicable.

La accionante presentó acción de tutela contra Aguas del Magdalena y la Alcaldía Municipal de Pivijai, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vivienda digna, a la igualdad y a la vida digna. De acuerdo con la solicitante, la vivienda donde reside con su familia presenta grietas causadas por las obras de adecuación de la red de alcantarillado municipal que realizó la empresa Aguas del Magdalena. Señaló que los daños comenzaron a aparecer 4 o 5 meses después de haber finalizado los trabajos de adecuación, ante lo cual efectuó algunas reparaciones, sin embargo, los daños reaparecieron, por ello, estima comprometida la integridad de su familia.

En consecuencia, solicitó al juez de tutela que ordenara la realización inmediata de las obras de adecuación de su vivienda y el traslado de su familia durante la realización de las mismas.

La mayoría de la Sala resolvió revocar la decisión de segunda instancia que había concedido el amparo y, en su lugar, confirmar el fallo de primera instancia que declaró improcedente la tutela, al considerar que no se cumplían los requisitos de subsidiariedad y de inmediatez. A continuación, expongo de manera detallada las razones por las que disiento de esta decisión.

La acción de tutela satisfacía los requisitos de procedencia

- Cumplimiento del requisito de subsidiariedad

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la prosperidad de la acción de tutela para la protección del derecho a la vivienda digna está sujeta a las condiciones jurídico materiales del caso concreto, para lo cual ha establecido una serie de condiciones que deben ser analizados por el juez: “(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud; y (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.”[48]

2. La Sentencia de la cual me aparto estructuró su argumentación a partir de la inexistencia de un peligro inminente para la solicitante y su grupo familiar. No obstante, estimo que en el presente asunto sí se acreditaba tal circunstancia.

En efecto, durante el trámite de segunda instancia, se realizó un dictamen pericial a la vivienda de la accionante, en el cual se concluyó que el inmueble “presenta daños en lo que se refiere a su parte estructural, que han generado agrietamientos a nivel de las plantillas y muros de la misma, generando esto un riesgo alto para los habitantes de esta; también se observa que estas fallas de inestabilidad del terreno es debido a las excavaciones hechas para las infraestructuras municipales, ya que fueron excavaciones profundas produciendo esto movimientos de los mismos”[49]. (Subrayado fuera de texto).

Por otro lado, el dictamen descartó que los agrietamientos y fisuras fuesen producto de los sismos o terremotos que se han presentado en el Municipio de Pivijai y, finalmente, recomendó realizar una serie de obras a la referida vivienda (reforzar las cimentaciones con vigas de amarre y resanar las grietas, entre otras)[50]. Dicho estudio fue efectuado por un arquitecto en su calidad de auxiliar de la justicia y el mismo fue tenido en cuenta por el Juez de Segunda Instancia para acreditar el riesgo que se le genera a la accionante y a su grupo familiar, y de esta forma, conceder el amparo.

3. Observo con preocupación que la Sala haya desestimado el concepto rendido por un técnico sobre el riesgo en el que se encontraba la vivienda, sin argumentos ni sustento fáctico que lleven a una conclusión tan radicalmente opuesta.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha resaltado la progresividad que con el paso del tiempo pueden tener las afectaciones en las viviendas, ya que éstas no tienen un carácter fijo y determinante y pueden manifestarse en un momento posterior a la finalización de las obras[51].

Así las cosas, no comparto el argumento esbozado por la Sala, según el cual, la inminencia del peligro se desvirtúa por el hecho de que los daños a la vivienda comenzaron a presentarse 4 o 5 meses después de que fueron entregadas las obras, pues desconoce el carácter progresivo de dichas afectaciones, máxime si el dictamen pericial fue rendido a finales del año 2017[52] y, en aquél momento, persistían los daños en la vivienda.

En este orden de ideas, considero que los daños estructurales y las grietas que presentaba el inmueble de la demandante, efectivamente representaban un peligro inminente que, además podría conllevar a un eventual colapso de la vivienda. Este peligro no solo era predicable de la solicitante, sino que se extendía a los demás miembros del grupo familiar que habitan la vivienda, dentro de los cuales se encontraba un menor de 7 años, quien es un sujeto de especial protección constitucional.

4. De otra parte, la situación de riesgo implicaba igualmente la afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida y a la integridad física de los habitantes del inmueble, teniendo en cuenta que la noción de vivienda digna incluye contar con un lugar propio o ajeno que le permita a la persona desarrollarse en unas condiciones mínimas de dignidad y seguridad[53]. Es claro que, en razón de los daños advertidos en la vivienda, tales condiciones no se satisfacían.

Asimismo, estimo que, contrario a lo sostenido por la Sala, el asunto objeto de controversia sí involucraba derechos fundamentales, pues la accionante invocó la violación del derecho a la vivienda digna, a la igualdad y a la vida digna, como consecuencia de los daños ocasionados a su vivienda tras las obras efectuadas por la empresa Aguas del Magdalena. Adicionalmente, la actora solicitó la realización inmediata de las obras de adecuación de su vivienda y el traslado de su familia, entre tanto se adelanten las respectivas obras, más no una indemnización, por lo cual su pretensión no estaba relacionada con la responsabilidad patrimonial de la Empresa.

5. Cabe reiterar que, si bien es cierto que los hechos del caso pueden dar lugar a un debate

respecto de la responsabilidad por los daños causados a la vivienda de la solicitante y el respectivo pago de perjuicios, aquello no fue objeto de discusión en la presente acción de tutela.

6. La Sala no tuvo en cuenta que la jurisprudencia ha resaltado la idoneidad y eficacia de la acción de tutela en casos de afectaciones estructurales sobre las viviendas de las personas, incluso ante la existencia de acciones de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, como quiera que estos mecanismos “buscan la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios causados, mientras que la acción de tutela se dirige a la protección de los derechos fundamentales que pueden verse amenazados o vulnerados directamente ante la inminencia del riesgo y peligro que corren las personas que habitan una vivienda que pueden colapsar en cualquier momento”[54].

7. Finalmente, me preocupa que la Sala haya realizado una interpretación extensiva de las pretensiones de la solicitante para declarar improcedente el amparo, pues desconoce que las facultades del juez de tutela para proferir fallos ultra y extra petita[55] se fundamenta en la necesidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo con lo expuesto, encuentro que la acción de tutela satisfacía el requisito de subsidiariedad.

– Cumplimiento del requisito de inmediatez

8. Si bien la acción de tutela se presentó 5 años después de que la empresa Aguas del Magdalena realizó las obras que generaron los daños a la vivienda de la actora, considero que se satisfacía el requisito de inmediatez, por cuanto la vulneración de los derechos persistía.

9. Esta Corporación ha señalado que el requisito de inmediatez puede flexibilizarse, entre otras, cuando la vulneración es permanente en el tiempo y la situación desfavorable del actor continúa y es actual[56]. Como expliqué anteriormente, los daños a la vivienda de la solicitante permanecían para el momento en que acudió al juez constitucional, por lo cual, la vulneración de sus derechos no había cesado.

10. Sin embargo, la Sala pasó por alto el carácter continuado de dichas afectaciones al

argumentar brevemente que no existía un peligro inminente, a pesar del dictamen pericial que indicaba lo contrario.

11. Adicionalmente, la Sala desconoció los argumentos del Juez de Segunda Instancia, quien: (i) resaltó la indefensión en la que se encontraba la accionante y su núcleo familiar; y (ii) precisó que se le seguía causando una seria afectación a su derecho a la vivienda digna, en razón a que la parte accionada no había realizado las reparaciones requeridas a su vivienda y la actora seguía habitando el inmueble; ello sin brindar razones suficientes para sostener la tesis contraria.

12. Por otro lado, la Sala afirmó que la inactividad de la actora vulneraba los derechos fundamentales[57] de la empresa Aguas del Magdalena y del Consorcio Pivijai 2010, en su calidad de tercero, por cuanto “la determinación de los daños causados en la vivienda de la accionante requiere discutirse dentro del proceso ordinario, con un debate probatorio amplio que permita establecer cuáles fueron las verdaderas causas de estos daños, y en definitiva, determinar si a la parte accionada se le puede endilgar responsabilidad alguna”[58].

13. No comparto tal apreciación, pues considero que desfigura la controversia que subyace en el presente asunto, al asimilarla a una discusión de carácter patrimonial, dejando por fuera cualquier consideración de tipo iusfundamental.

14. También debo señalar que al contar con un dictamen pericial que probaba la afectación de la vivienda como consecuencia de las obras de adecuación realizadas por la empresa Aguas del Magdalena, no era necesario debatir nuevamente las causas de los daños, máxime si se tiene en cuenta que la parte accionada tuvo la oportunidad procesal de controvertir tal dictamen, y no lo hizo[59].

En síntesis, estimo que la acción de tutela cumplía el requisito de inmediatez.

La Sentencia T-264 de 2016 es un precedente aplicable al caso

15. Encuentro que la sentencia T-264 de 2016[60] constituía precedente aplicable en el presente caso, en atención a sus similitudes fácticas y jurídicas. En dicha oportunidad, se invocó la protección del derecho a la vivienda digna como consecuencia de los daños

ocasionados a un inmueble (grietas y fisuras) a raíz de las obras de adecuación de la red de alcantarillado realizadas por la empresa Aguas del Magdalena en el municipio de Pivijai, en el año 2012. Los accionantes reportaron esos desgastes, y los entes accionados realizaron algunas reparaciones. No obstante, estas resultaron insuficientes, y quienes habitaban en ese hogar se vieron obligados a efectuar otras reparaciones por su cuenta. Aun así, los daños volvieron a presentarse.

16. Dicha decisión se fundamentó en la afectación continuada de los derechos invocados, puesto que los daños a la vivienda persistían, a pesar de las reparaciones que se habían realizado. La Corte fundamentó su decisión en un dictamen pericial que daba cuenta de dichos daños y del peligro que representaban para los respectivos moradores, dictamen que tampoco fue controvertido en su oportunidad por la parte accionada.

17. A pesar de las evidentes similitudes fácticas y jurídicas entre el caso resuelto en la Sentencia T-264 de 2016 y el presente asunto, la Sala no tuvo en cuenta dicho precedente y descartó su vinculatoriedad, al limitarse a señalar que el mismo planteaba un litigio constitucional distinto, ya que en tal oportunidad la demandante había actuado oportunamente y, además, había acreditado la inminencia del peligro.

18. No comparto tales apreciaciones que omiten un análisis detallado de las particularidades de los casos, y que desconocen que, en ambos, los hechos vulneratorios derivan de las obras de adecuación de la red de alcantarillado del municipio de Pivijai, realizadas por la empresa Aguas del Magdalena en el año 2012.

19. Si bien en la Sentencia T-264 de 2016 -a diferencia de lo ocurrido en el presente asunto-, los accionantes reportaron en su momento los daños ocasionados a la vivienda, aquella diferencia no es significativa y no desvirtúa las claras semejanzas que se presentan en estos asuntos, que además coinciden en que en los mismos persistieron los daños en las viviendas a pesar de las reparaciones realizadas.

20. En suma, estimo que la acción de tutela era procedente en el presente caso, por lo cual ameritaba un estudio de fondo, de conformidad con el precedente reseñado.

Ahora bien, como quiera que la empresa accionada realizó unas obras de adecuación a la vivienda de la accionante, en cumplimiento de lo ordenado por el Juez de Segunda

Instancia, la Sala debió analizar si las mismas se ajustaban a lo dispuesto en la Sentencia y si garantizaban el disfrute de los derechos invocados.

Atendiendo a estas razones, salvo el voto en la providencia de la referencia.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Esta Sala de Selección estuvo integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el magistrado Alejandro Linares Cantillo. El criterio que se tuvo en cuenta para su selección fue: “lucha contra la corrupción (criterio complementario)”.

[2] Declaración Jurada dentro del trámite de tutela en segunda instancia folios 10 al 11 del Cuaderno 2.

[4] Folio 1 del Cuaderno 1.

[5] Declaración Jurada dentro del trámite de tutela en segunda instancia folios 10 al 11 del Cuaderno 2.

[6] Folio 2 del Cuaderno 1.

[7] Folios 2 al 6 del Cuaderno 1.

[8] Folios 581 al 582 del Cuaderno 1.

[9] Folios 578 al 580 del Cuaderno 1.

[10] Folios 586 al 594 del Cuaderno 1.

[11] Folios 457 al 464 del Cuaderno 1.

[12] Folios 476-478 del Cuaderno 1.

[13] Folios 479-488 del Cuaderno 1.

[14] Folios 489 al 501 del Cuaderno 1.

[15] Folios 245-246 del Cuaderno 1.

[16] Folios 247-254 del Cuaderno 1.

[17] Folios 396-413 del Cuaderno 1.

[18] Folios 12 al 13 del Cuaderno 2. Estas empresas son las que integraban el Consorcio Pivijay 2010 que tuvo a su cargo la ejecución del contrato civil de obra No. CO-010-2010 cuyo objeto era la “Optimización y ampliación del sistema de alcantarillado sanitario etapa II del municipio Pivijay Magdalena”

[19] Esta compañía aseguradora expidió las pólizas que ampararon el contrato civil de obra No. CO-010-2010.

[20] Folios 606 al 618 del Cuaderno 1.

[21] Folios 56 al 60 del Cuaderno 2.

[22] Folio 621 del Cuaderno 1.

[23] Folios 90 al 97 del Cuaderno 2.

[24] Folios 96 al 109 del Cuaderno 2.

[25] Folios 16 al 17 del Cuaderno Principal de Revisión.

[26] Folios 22 al 23 del Cuaderno Principal de Revisión.

[27] Folio 18 al 21 del Cuaderno Principal de Revisión.

[28] Este requisito se regula, en los siguientes términos en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia

ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

[29] Los artículos citados, respectivamente, disponen: “Artículo 86. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; “Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” y “Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (resalto fuera de texto).

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-986A de 2012. “Además de este criterio formal, el carácter de derecho fundamental autónomo de la vivienda digna, como el del resto de derechos sociales, se ha fundado en (i) la adopción del modelo de Estado Social de Derecho, el cual conlleva el reconocimiento del mínimo existencial y, por lo tanto, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como fundamentales; (ii) las connaturales facetas o prestaciones concretas, negativas y positivas, que se desprenden de todos los derechos, tanto los civiles y políticos, como los sociales, económicos y culturales; (iii) la textura abierta y naturaleza en cierta medida indeterminada de las normas tipo principio que contienen los derechos fundamentales, las cuales demandan precisión por parte del Legislador y la administración; y, finalmente, (iv) la distinción entre la naturaleza de los derechos y sus mecanismos de protección, de lo que se sigue que la naturaleza fundamental de un derecho no depende de que sea o no susceptible de protección por medio de la acción de tutela.”

[31] Los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vivienda digna: párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Declaración

sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961).

[32] Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 2010, T-109 de 2011, T-106 de 2011, T-740 de 2012 y T-045 de 2014.

[33] Ibídem.

[34] Ibídem.

[35] Art. 40 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causas de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicados por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o de la omisión en la ocurrencia del daño.

[36] Art. 50 Ley 80 de 1993. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

[37] Art. 52 Ley 80 de 1993. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley.

[38] Folios 24 al 25 del Cuaderno Principal de Revisión. Los trabajos adelantados por Aguas del Magdalena visibles en el Acta de recibo de obra a satisfacción de 04 de mayo de 2018, fueron: (i) PRELIMINARES: demolición de piso existente incluye retiro de sobrantes a botadero autorizado (12,48 m²), demolición de pared incluye retiro de sobrantes (2,37 m²), y demolición de pañete incluye retiro de sobrantes (9,17m²); (ii) PISOS: plantilla de nivelación (12,48m²), piso cerámica 0,35 x 0,35 (1,56m²), piso en gres tablón tradicional 25 x 25 con granito y piso en gres tablón tradicional 30 x 30 con granito (7,80m²); (iii) PINTURA: estuco (11.53 m²) y pintura a base de vinilo tipo 1, en dos manos para edificación (11.53m²); (iv) PAÑETES: pañete muros en mortero 1:4 espesor 2.5 cm (18,33m²), reparación de fisuras con refuerzo en acero (15,28m²) y filtros y dilataciones (5,20 m²), y (v) MAMPOSTERIA y ESTRUCTURA: muro en ladrillo macizo de arcilla e=0,12 mts (1,69m²), viga de confinamiento en concreto de 3000 psi, sección 0,15 m x 0,12 m (15,80m) y columna de confinamiento en concreto de 3000 psi, sección 0,25 m x 0,12 m (13m).

[39] En este fallo de tutela se amparó el derecho a la vivienda digna y se dictaron dos órdenes para la empresa accionada Aguas del Magdalena S.A. La primera, consistente en la realización de las reparaciones requeridas para atender las fallas estructurales en la cimentación de la vivienda de la tutelante, y, la segunda, la reubicación de la accionante y su núcleo familiar mientras se cumple la orden principal de la sentencia. No obstante, la situación fáctica difiere sustancialmente, pues la tutelante reportó los daños causados a la Secretaría Municipal de obras públicas y al contratista, razón por la cual se realizaron reparaciones que en todo caso resultaron insuficientes.

[40] SU-499 de 2016.

[41] Entre otras las sentencias T-328 de 2010, T-860 de 2011 y T-246 de 2015.

[42] T-313 de 2005.

[43] SU-961 de 1999.

[44] Manifestación realizada por Yamil Sabbagh Solano, Orlando Bianchi Banfi, representante legal de la sociedad D&D S.A. y Luis Carlos Nader Muskus, representante legal de Construcciones Namus, en su calidad de exintegrantes del Consorcio.

[45] SU-499 de 2016.

[46] T-497 de 2017.

[47] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[48] Ver, entre otras, sentencias T-125 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-569 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-036 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-109 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-106 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-740 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-498 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-045 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-851 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-264 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-454 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[50] Ibídem.

[51] Sentencia T-264 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[52] Cuaderno 2, folio 106.

[53] Ver, entre otras, sentencias T-848 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo; y T-045 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[54] Sentencia T-264 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[55] Ver, entre otras, Sentencias T-586 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[56] Ver, entre otras, Sentencias SU-158 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; T-590 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-069 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-205 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-043 de 2016. M.P. Luis Ernesto

Vargas Silva; y SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[57] Ver párrafo 44. Sentencia T-355 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

[58] Párrafo 44 de la Sentencia.

[59] Así fue puesto de presente en la sentencia de segunda instancia. Cuaderno 2, folio 106.

[60] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.