

Sentencia T-657/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Factores que integran situaciones de indefensión y subordinación

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

Se puede indicar que de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por incumplimiento en contrato de compraventa de bien inmueble, por cuanto constructora entregó la vivienda sin servicio de alcantarillado, a cambio se construyó poza séptica

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por existencia de otro medio de defensa judicial para controvertir incumplimiento contractual

Referencia: expediente T-3.433.906

Acción de tutela instaurada por Jesús Eduardo Barros Pinto contra Olga Linero Montes, representante legal de la organización popular de vivienda el Oasis.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente la de los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, en la acción de tutela instaurada por Jesús Eduardo Barros Pinto contra Olga Linero Montes, representante legal de la Organización Popular Vivienda Oasis.

### I. ANTECEDENTES

El pasado treinta (30) de agosto de dos mil once (2011), el ciudadano Jesús Eduardo Barros Pinto, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales y los de su menor hija a la salud, a la vivienda digna y a la dignidad humana, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la señora Olga Cecilia Linero Montes, representante legal de la organización popular de vivienda el Oasis.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

#### Hechos

1.- El accionante, en su condición de afiliado a la Caja de Compensación Familiar del Magdalena - Cajamag-, resultó beneficiario de un subsidio de vivienda familiar el 15 de abril de 2010.

2- En razón de lo anterior, el 22 de junio del mismo año suscribió un contrato de promesa de compraventa con la señora Olga Lineros Montes, representante de la Organización Popular de Vivienda el Oasis, ante la notaría tercera de Santa Marta.

3.- En la cláusula segunda del contrato de compraventa celebrado se pactó entregar la vivienda con todos los servicios, incluyendo el alcantarillado.

4.- Afirma el accionante que luego de varios incumplimientos, el 14 de mayo del año 2011 se le hizo entrega de la vivienda faltando unos días para que se vencieran los términos del contrato y vencimiento del subsidio.

5.- Al momento de entrega de la vivienda objeto del contrato de compraventa celebrado, la misma fue entregada sin el servicio de alcantarillado y, contrario a lo pactado, se construyó una poza séptica ubicada en la puerta de la casa.

6.- La poza séptica construida en la vivienda, según indica el actor, consta de una dimensión de 150 m<sup>2</sup>.

7.- Manifiesta el señor Barros Pintos que en el mismo momento de la entrega de la vivienda hizo la observación de lo ocurrido en presencia del funcionario de la Caja de Compensación Familiar del Magdalena, quien le comentó que no era de su competencia, pues no les correspondía entregar viviendas con servicio de alcantarillado.

8.- Considera el actor que el hecho de que la vivienda fuera entregada sin servicio de alcantarillado y en su lugar con la instalación de una poza séptica, desmejora la calidad de vida de su núcleo familiar, pues se perciben malos olores. Asimismo, indica que la construcción de la poza séptica viola flagrantemente el contrato de compraventa.

#### Solicitud de Tutela

9.- Con fundamento en los hechos expuestos, solicita el accionante se conceda la presente acción de tutela a fin de proteger sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar. En consecuencia, pide se ordene a la Organización Popular de Vivienda el Oasis que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se proceda a dar cumplimiento a lo pactado en la cláusula segunda del contrato de compraventa.

#### Respuesta de las entidades demandadas.

10. En su escrito de contestación, la señora Olga Cecilia Linero Montes, en su condición de representante legal de la Organización de vivienda el Oasis, indicó que la acción de tutela no

puede ser utilizada para darle solución a toda controversia o diferencia que se presente entre las personas, ni para remplazar los procesos ordinarios en casos de existir otras vías o medios de defensa judicial idóneos.

Por ello, considera la accionada que en el caso de que el actor se sienta lesionado en sus derechos por las características del inmueble que le fuera entregado, tiene a su disposición otros mecanismos de defensa idóneos, como lo es la reclamación ante la Caja de Compensación Familiar del Magdalena Cajamag- por ser la entidad que realiza el control y vigilancia del proyecto de vivienda Villa Dania V etapa, donde le fue entregada la casa. Asimismo, señaló que el accionante puede acudir a la justicia ordinaria o a los mecanismos alternos de solución de conflictos.

Por otro lado, indicó que durante la construcción de la vivienda la esposa del actor siguió detalladamente el proceso de edificación, adquiriendo una serie de compromisos adicionales con la constructora tendientes a lograr una vivienda ajustada a sus necesidades y no a las necesidades generales del proyecto, por lo cual adquirió varios compromisos económicos que ha la fecha no ha cumplido estando en mora con la constructora<sup>1</sup>.

Considera la accionada que el actor está alegando incumplimiento del contrato para evadir el pago del saldo que adeuda su esposa.

Por las razones expuestas, la accionada solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

Compañía de Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta Metroagua S.A. E.S.P.

11.- El Juzgado Segundo Civil de Municipal de Santa Marta, quien conoció de la presente tutela en primera instancia, dispuso vincular a dicha entidad para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

Sobre el particular indicó el representante de Metroagua S.A. E.S.P. que es la Constructora o urbanizadora, en este caso la Organización Popular de Vivienda el Oasis, la única responsable de la situación objeto de tutela, pues es ésta quien debió dotar de todos los servicios a la construcción tal y como lo expuso el Consejo de Estado en la sentencia Rad. 20030019101.

Por otro lado, indicó el representante de la entidad que “para dotar del servicio de alcantarillado al sector de Villa Danía, es preciso primero dotar a la urbanización Nuevo Milenio tal y como se expone en la audiencia de pacto de cumplimiento que se celebró dentro de la acción popular que sigue el señor William Granados Navarro, hijo de Dania Navarro (Villa Dania), la cual tiene vínculos con Olga Linero Montes, Organización Popular de Vivienda el Oasis”<sup>2</sup>

Finalmente, indicó que la presente acción de tutela es improcedente, pues:

\* ya se estableció de manera jurisprudencial que son los constructores o urbanizadores quienes deben sufragar los costos de la conexión a la red.

\* se está tramitando una acción popular en donde ventila la relación del alcantarillado con la urbanización Nuevo Milenio.

\* El sistema de poza séptica no tiene ningún inconveniente desde el punto de vista de su operación y funcionamiento. Legalmente se encuentra autorizado y es un sistema de evacuación de las aguas residuales totalmente funcional legal y ambientalmente procedente. Sólo se debe tener cuidado en su construcción y vigilar su operación. El hecho de que exista un sistema de este tipo no significa que haya vulneración directa de derechos fundamentales. No hay prueba en el proceso de que se haya presentado el particular.

Caja de compensación Familiar del Magdalena -Cajamag-

12.- El apoderado de la Caja de Compensación Familiar del Magdalena, en su escrito de contestación indicó que la entidad efectivamente asignó un subsidio de vivienda familiar al actor y describió los diferentes pasos adelantados para ello.

En relación con las pretensiones de la acción de tutela el apoderado guardó silencio.

Sentencia de primera instancia

13.- El Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, en sentencia de 13 de septiembre de 2011 declaró improcedente el amparo solicitado por las siguientes razones:

En primer lugar, señaló el a quo que “el accionante no se encuentra dentro de ninguno de los parámetros establecidos para la procedencia de la acción de tutela contra un particular, ya que el actor respecto a la accionada no se encuentra en situación de indefensión con respecto a la accionada, que la vulneración de los derechos que aduce, se predicen del supuesto incumplimiento de un contrato celebrado entre las partes, para lo cual cuentan con una variedad de medios de defensa que pueden ejercer.”<sup>3</sup>

Adicional a lo anterior, señaló que “la presente acción no cumple con los requisitos generales de procedibilidad para que se pueda resolver, a través de este mecanismo, el problema contractual aquí planteado, en primer lugar, porque como ya se dijo cuenta con otros mecanismos de defensa que son idóneos; no se demostró la vulneración de ningún derecho fundamental, ya que no se acreditó en el expediente problemas de salud o salubridad derivados de la falta de alcantarillado y sobre el tema, se demostró que ha sido debatido a través de acciones populares”<sup>4</sup>.

#### Impugnación

14.- En su escrito de impugnación, el actor manifestó no compartir el sentido de la decisión, pues considera que la presente acción de tutela debió ser concedida como mecanismo transitorio.

Señaló además, sin mayores argumentos, que no le asiste razón a la entidad accionada al indicar que se puede hacer una reclamación a Cajamac.

Finalmente, manifestó que se encuentra en situación de indefensión por los malos olores que reciben de la poza séptica, con la cual se incumplió la cláusula segunda del contrato de compraventa.

#### Sentencia de segunda instancia.

15.- El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia de 26 de octubre de 2011 confirmó el fallo impugnado por las mismas razones esbozadas por el juez de instancia.

Pruebas relevantes dentro del expediente

Se destacan dentro del expediente las siguientes pruebas

- 1.- Contrato de promesa de compraventa celebrado entre la señora Olga Cecilia Lineros Montes, actuando en nombre y representación de la Organización Popular de Vivienda el Oasis y el señor Jesús Eduardo Barros Pinto y Mirian Lucia Iglesias Torres<sup>5</sup>.
- 2.- Copia de la asignación del subsidio familiar de vivienda al accionante por parte de la Caja de Compensación Familiar del Magdalena<sup>6</sup>.
- 3.- Copia del Registro Civil de nacimiento de la hija del actor, quien en la actualidad cuenta con 12 años<sup>7</sup>.
- 4.- Autorización de desembolsos de recursos a la entidad demandada por parte del actor<sup>8</sup>.
- 5.- Acta de entrega de escrituras y vivienda firmada por las partes que intervienen en la presente tutela<sup>9</sup>.
6. Certificado de tradición, matrícula inmobiliaria del inmueble<sup>10</sup>.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

- 1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

- 2.- El accionante celebró un contrato de compraventa de vivienda con la entidad demandada, Organización Popular de Vivienda Oasis, dentro del cual la citada entidad se comprometía a entregar el inmueble con las instalaciones de todos los servicios públicos, incluyendo el alcantarillado.

A pesar de lo anterior, al momento de la entrega el actor se percató de que el inmueble no

cuenta con el servicio de alcantarillado, sino que en su lugar instaló una poza séptica en la vivienda. Considera el accionante que tal incumplimiento contractual genera una vulneración de los derechos fundamentales a la Salud, a la dignidad y a la vivienda tanto de él como de su grupo familiar.

Advierte la Sala que la relevancia constitucional del presente caso podría venir dada, mas allá del incumplimiento contractual, por las repercusiones que la falta de alcantarillado puede generar en ciertos derechos fundamentales del actor y su grupo familiar, tales como la salud, la dignidad y la vivienda, pues en aquellos casos en los cuales los inmuebles no cuentan con el citado servicio público y adicional a ello no poseen un sistema de manejo de los residuos sólidos, las consecuencias son directas sobre tales derechos.

A pesar de ello, de entrada se puede constatar que la situación puesta en consideración de la Sala en esta oportunidad difiere de aquellas en las cuales se protegen los derechos fundamentales por la falta del servicio público de alcantarillado o por el mal funcionamiento del mismo<sup>11</sup>, ya que mas allá de las afirmaciones realizadas por el actor referente a la existencia de malos olores que lo afectan a él y su familia no se encuentra en el expediente evidencia alguna de la vulneración de tales derechos.

Por el contrario, en el caso del señor Barros Pinto se puede constatar la existencia de una alternativa adecuada de manejo de residuos sólidos, como lo es la poza séptica, que si bien no fue la pactada en el contrato de compraventa, se constituye en una vía adecuada para el manejo de las aguas negras en tanto se ventila en otro escenario el cumplimiento del citado contrato.

3.- Expuesto lo anterior, y teniendo en cuenta que la presente tutela se dirige contra un particular, como lo es la Constructora Organización de Vivienda Popular Oasis, corresponde a la Sala determinar en un primer momento si en este caso se cumplen los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra particulares.

Adicional a ello, se establecerá el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso concreto, pues no se puede perder de vista que el origen de la tutela versa sobre un incumplimiento contractual.

Finalmente, en caso de que se cumplan los anteriores requisitos, se establecerá si la

Organización Popular de Vivienda el Oasis vulneró los derechos fundamentales del accionante y su grupo familiar, al incumplir con lo estipulado en contrato de compraventa de vivienda, al no entregar el inmueble con servicio de alcantarillado y en su lugar instalar una poza séptica.

i- Procedencia de la acción de tutela contra particulares. Reiteración de jurisprudencia.

Alrededor de este punto en primer lugar se debe acudir al contenido del último párrafo del artículo 86 de la Constitución Política que al reconocer legitimidad a particulares para ser sujetos pasivos de una demanda de tutela -legitimidad por pasiva- admite en forma implícita la procedibilidad de esta acción para la salvaguarda de derechos fundamentales en el contexto de las relaciones privadas. Esta norma autoriza la tutela contra particulares en supuesto determinados, en específico: que el particular esté encargado de la provisión de un servicio público, que su conducta perturbe o amenace gravemente el interés colectivo o que respecto de éste el solicitante se encuentre en un estado de subordinación o indefensión.

Sin embargo, en sentido equivalente el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, presenta una enunciación de las causales que desarrollan los supuestos de los que trata el artículo 86 de la Carta y que, en definitivo, se cimientan en la existencia de una relación entre las partes que ubique a la una respecto de la otra en condición de subordinación o indefensión; que se trate de un vínculo en el que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público cualquiera; que éste actúe o haya actuado en el ejercicio de funciones públicas; o que se trate una temática atinente al derecho de habeas data.<sup>12</sup>

Desde sus inicios la jurisprudencia constitucional ha señalado el carácter relacional de los conceptos de subordinación y de indefensión; se ha hecho énfasis también en que la configuración de estos dos fenómenos está determinada por las circunstancias del caso concreto<sup>13</sup>; e igualmente se ha aclarado que se trata de dos figuras que cobijan circunstancias diferentes aunque en determinados eventos pueden ser asociadas.

En particular, la subordinación envuelve la existencia de una relación jurídica de dependencia en virtud de la cual hay lugar al “acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas”<sup>14</sup>. La idea de subordinación gira en torno a una condición de sometimiento derivada de la existencia de un

vínculo jurídico que encierra una relación claramente jerárquica. A manera de ilustración los ejemplos más destacados que es posible extraer de la jurisprudencia constitucional en relación con este concepto son: a) las relaciones laborales, dado que precisamente uno de los elementos de la relación laboral es la subordinación según el Código Sustantivo del Trabajo<sup>15</sup>; b) las relaciones de patria potestad entre los hijos menores o incapaces y sus padres<sup>16</sup>; y c) las relaciones entre los residentes de un conjunto residencial y las juntas administradoras de los mismos que están facultadas para adoptar determinaciones cuyo cumplimiento debe ser acatado según los estatutos de la copropiedad y ante la coacción de un proceso ejecutivo.<sup>17</sup>

Por su parte, en relación con la indefensión la jurisprudencia constitucional ha señalado que la misma “tiene lugar cuando la persona afectada en su derecho carece de defensa, es decir, en el evento en que no puede darse una respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate. Entonces, la indefensión hace referencia a una relación que también implica una dependencia de una persona respecto de otra, es decir, tiene su origen en situaciones de naturaleza fáctica<sup>18</sup>”<sup>19</sup>.

Al respecto, la Corte ha sostenido que “el estado de indefensión se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular se encuentra inerme o desamparada, es decir sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental. El juez de tutela debe apreciar los hechos y circunstancias del caso a fin de establecer si se presenta la indefensión a que se refieren los numerales 4 y 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, para que proceda la acción de tutela contra particulares”<sup>20</sup>.

Los supuestos de indefensión son mucho más amplios pues no implican la existencia de un vínculo de carácter jurídico entre la persona que alega la vulneración de sus derechos fundamentales y el particular demandado. Inicialmente la idea de indefensión remite a la ausencia de un medio de defensa eficaz e idóneo para repeler los ataques de un tercero contra la esfera iusfundamentalmente protegida, pero esta Corporación ha hecho hincapié, como ya se expuso, en el carácter relacional de este concepto y por lo tanto es la situación de una de las partes en conflicto, la parte más débil naturalmente, la que instituye el estado

de indefensión, independientemente de la disposición de medios judiciales para su defensa. Verbigracia, se ha sostenido que se configura un estado de indefensión respecto de personas que se encuentran en situación de marginación social y económica<sup>21</sup>, las que pertenezcan a la tercera edad<sup>22</sup>, padezcan limitaciones<sup>23</sup>, etc. <sup>24</sup>

Finalmente, es del caso señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto la necesaria determinación en cada caso particular el factor de “indefensión”, ya que se debe efectuar una valoración al respecto en cabeza del juez constitucional, en aras de dar contenido a este concepto. al respecto en sentencia T-277 de 1999 se dispuso que:

“El estado de indefensión, para efectos de la procedencia de la acción de tutela, debe ser analizado por el juez constitucional atendiendo las circunstancias propias del caso sometido a estudio. No existe definición ni circunstancia única que permita delimitar el contenido de este concepto, pues, como lo ha reconocido la jurisprudencia, éste puede consistir, entre otros en: i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan al particular que instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción. ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular. iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes v.gr. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. iv) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro”.

De lo anterior resulta clara la obligación del juez constitucional en cada caso en particular de determinar la existencia de factores que permitan afirmar que se está en presencia de una condición de subordinación o indefensión que haga procedente la acción de tutela contra particulares.

ii- Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, el principio de subsidiariedad en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Carta Política instituye la acción de tutela como un procedimiento de naturaleza constitucional, destinado a la protección de los derechos fundamentales y de carácter subsidiario, lo que significa que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así mismo, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros recursos o medios de defensa judiciales para la protección de sus derechos.

El requisito de subsidiariedad de la acción de tutela responde al carácter expansivo de la protección de los derechos fundamentales respecto de las instituciones que conforman el aparato estatal y, de manera particular, las instancias que ejercen la función pública de administración de justicia. En efecto, la exigencia de este requisito, lejos de disminuir el ámbito de exigibilidad judicial de dichos derechos, presupone que los procedimientos judiciales ordinarios son los escenarios que, por excelencia, están diseñados para garantizar su efectividad, a través de órdenes con contenido coactivo.

En sentencia T-192 de 2009, esta Corporación señaló “A su vez, la subsidiariedad es corolario del principio de supremacía constitucional (Art. 2º C.P.), el cual no sólo es aplicable al ámbito de la producción legislativa, sino que informa la actividad estatal como un todo. En ese sentido, la exigibilidad de los derechos fundamentales no es un asunto radicado en la competencia de los jueces de tutela, sino que es un presupuesto para la legitimidad, desde la perspectiva constitucional, de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares. Esto lleva a inferir que dentro del parámetro normativo para la decisión judicial, cualquiera que sea la instancia encargada de adoptarla, los postulados constitucionales determinan la validez de la aplicación de la normatividad de rango inferior. Por ende, el principio según el cual la Carta Política es “norma de normas” conlleva como consecuencia necesaria la constitucionalización de cada una de las jurisdicciones. Así, cada una de ellas tendrá como objetivo principal la preservación de la integridad del ordenamiento jurídico en su conjunto y, de manera especial, la vigencia de los postulados constitucionales.”

De manera armónica con estas consideraciones, las decisiones de la Corte han establecido que el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela implica que el amparo constitucional no pueda tornarse en un mecanismo que sustituya o se convierta en una instancia adicional

a los procedimientos judiciales ordinarios. Así, esta Corporación ha sostenido que “el principio de autonomía judicial contenido en los artículos 228, 230 y 246 Superiores, impide que el juez constitucional adelante un control de legalidad sobre el procedimiento judicial, por lo que su competencia se encuentra limitada exclusivamente a los conflictos de rango constitucional que surjan de la actividad judicial. Así mismo, la procedencia de este amparo se encuentra supeditada a que el accionante haya acudido previamente a los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para subsanar las irregularidades en las que pueda haber incurrido el juez. Como mecanismo residual y subsidiario, la acción de tutela no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente para ello. En efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que: “(...) si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.”<sup>25</sup>”<sup>26</sup>

En criterio de la Corte Constitucional, en aplicaciones de las disposiciones anotadas, en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos judiciales, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para invocar la protección de sus derechos, antes de acudir a la acción de tutela<sup>27</sup>.

Al respecto, en la sentencia T-698 de 2004, esta Corte señaló:

“El principio enunciado de subsidiariedad resulta ser una exigencia fundamental para la procedibilidad de la acción, en la medida en que es necesario que quien alega la vulneración haya agotado los medios de defensa disponibles por la legislación, para lograr la protección de sus derechos<sup>28</sup>. La razón de ser de esta exigencia, es la de confirmar que una acción subsidiaria como la tutela, no pueda ser considerada como una instancia más en el tránsito jurisdiccional, ni tampoco como un camino extraordinario para solucionar las eventuales falencias de los procesos ordinarios o contenciosos. Menos aún cuando es en estas jurisdicciones en donde se encuentran previstos los mecanismos propios para conjurar los

posibles inconvenientes que se susciten para las partes durante los trámites procesales. Al respecto esta Corporación ha señalado que la jurisdicción ordinaria y contenciosa, es “sede por antonomasia del ejercicio dialéctico entre las diversas posiciones de las partes”<sup>29</sup> (...). De allí que la exigencia del agotamiento efectivo de los recursos correspondientes, como expresión de la subsidiariedad de la acción de tutela frente a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, se haga evidente”.

Sin embargo, es preciso señalar que esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos en que existan otros medios y recursos de defensa judicial a disposición del actor. En desarrollo del principio de subsidiariedad, esta Corte ha reiterado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judiciales, la acción de tutela procederá excepcionalmente en los siguientes eventos<sup>30</sup>:

i. Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

i. Aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

(iii) Cuando el accionante sea un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), se realizará un análisis más tenue de los requisitos para la procedencia de la acción de tutela.

Sobre este punto, en la sentencia T-954 de 2005, esta Corporación explicó:

“(...) el artículo 86 de nuestra Constitución dispone que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. La jurisprudencia constitucional, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, es decir,

aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.<sup>31</sup> La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, en el contexto particular de cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.”

No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla de subsidiariedad, en el mismo artículo 86 Superior; a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando quiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La jurisprudencia de esta Corte<sup>32</sup> ha señalado que para efectos de esta disposición, es decir, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos: “la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”

En síntesis, se puede indicar que de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

### iii Caso concreto

#### Recuento fáctico

En el presente caso, el ciudadano Jesús Eduardo Barros Pinto solicita la protección de los derechos fundamentales de él y su familia a una vivienda digna y a la igualdad, los cuales

considera vulnerados con el incumplimiento de un contrato de compraventa en lo referente a la entrega de la vivienda objeto del mismo con todos los servicios públicos.

Lo anterior, por cuanto la Organización Popular de Vivienda Oasis, a través de su representante legal, Olga Linero Montes, se comprometió a realizar la entrega de la casa con el servicio de alcantarillado. A pesar de existir tal disposición contractual, la vivienda fue entregada con el sistema de poza séptica en lugar de contar con el mencionado servicio, lo cual considera el actor vulnera sus derechos fundamentales pues debe soportar los malos olores provenientes de la poza.

Expuesto lo anterior, corresponde a esta Sala determinar, en un primer momento, si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Estudio sobre la procedencia en el caso concreto de la acción de tutela contra Particulares.

Lo primero que encuentra la Sala, es que en el presente caso la acción de tutela se dirige contra un particular, Organización de Vivienda Popular Oasis, razón por la cual se debe verificar que la situación puesta en consideración de esta Corporación se encuentre enmarcada dentro de alguno de los supuestos señalados que permiten la procedencia de acción de tutela contra particulares.

Como bien se señaló en la parte considerativa de esta providencia, el artículo 86 superior contempla la posibilidad de que proceda la acción de tutela contra particulares, en específico prescribe que la misma tendrá lugar cuando: (i) el particular esté encargado de la provisión de un servicio público, (ii) su conducta perturbe o amenace gravemente el interés colectivo o (iii) respecto de éste el solicitante se encuentre en un estado de subordinación o indefensión.

En el presente caso, la acción de tutela está dirigida contra la constructora de la vivienda de interés social adquirida por el demandante y versar la supuesta vulneración de los derechos fundamentales en un incumplimiento contractual, encuentra la Sala lo siguiente:

\* En primer lugar la entidad demandada no se encuentra encargada de la provisión de un servicio público.

\* La conducta reseñada por el actor no se enmarca dentro de una afectación de la entidad demandada que perturbe o amenace el interés colectivo y, finalmente,

\* El actor no se encuentra en una situación de subordinación o indefensión frente a la constructora por las razones que se pasan a exponer.

En relación con la situación de subordinación, se indicó de manera precedente que la misma envuelve la existencia de una relación jurídica de dependencia en virtud de la cual hay lugar “acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas”<sup>33</sup>. La idea de subordinación gira en torno a una condición de sometimiento derivada de la existencia de un vínculo jurídico que encierra una relación claramente jerárquica.

Finalmente, en lo respecta al estado de indefensión, se retoma lo expuesto en sentencia T-852 de 2012 al indicar que “[l]a situación de indefensión, tiene lugar cuando la persona afectada en su derecho carece de defensa, es decir, en el evento en que no puede darse una respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate. Entonces, la indefensión hace referencia a una relación que también implica una dependencia de una persona respecto de otra, es decir, tiene su origen en situaciones de naturaleza fáctica<sup>34</sup>”.

En el caso en particular no se aprecia esa ausencia de defensa por parte del señor Barros Pinto, así como tampoco la dependencia del mismo respecto de la entidad demandada, por lo que no es posible establecer que en el presente caso la situación puesta a consideración de la Sala se enmarque dentro del supuesto de indefensión que haría procedente la presente acción de tutela contra un particular.

Lo expuesto de manera precedente permite concluir que en el presente caso no se reúnen los requisitos para que proceda la acción de tutela interpuesta por el señor Jesús Eduardo Barros Pinto contra la Organización de Vivienda Popular el Oasis.

Incumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso concreto

Adicional a lo anterior, encuentra la Sala que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad, que debe encontrarse acreditado de manera previa al estudio de fondo de un caso concreto en sede de tutela.

Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia en la que se reiteró que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial a través de los cuales se podría discutir la pretensión elevada en sede de tutela, consistente en el incumplimiento de la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa de vivienda que disponía que el inmueble sería entregado con todos los servicios, incluyendo el alcantarillado y a pesar de ello se instaló una poza séptica.

Encuentra la Sala que la discusión puesta a su consideración es de índole contractual, por lo que la misma debe ser resuelta ante el juez ordinario a través de otro mecanismo procesal.

A pesar de ello, en la parte considerativa de esta providencia, se indicó que no obstante existir otros medio de defensa judicial, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

Los recursos ordinarios con los que cuenta el accionante en el caso concreto no se muestran como ineficaces para la protección de los derechos del accionante y su núcleo familiar, pues si bien los mismos tienen un término superior al señalado para resolver una acción de tutela, el actor no se encuentra en una situación de indefensión que le imposibilite o haga en extremo gravosa las esperas de los resultados de éste.

Adicional a lo anterior, encuentra la Sala que en el caso en concreto, de las pruebas aportadas por el accionante no se concluye que tanto él como su familia se encuentren en presencia de un perjuicio irremediable, pues más allá de la afirmación realizada por el actor, referente a la existencia de los malos olores por el funcionamiento de la poza séptica instalada en la vivienda, no se acredita en el expediente ningún elemento que permita inferir circunstancias tales como la afectación del derecho a la salud de él señor Barros Pinto o los

integrantes del núcleo familiar o que de la existencia de la poza séptica se derive una afectación del derecho a la vivienda.

Finalmente, es de resaltar que si bien el sistema de alcantarillado es considerado como la mejor forma de manejo de residuos sólidos, éste no resulta ser el único mecanismo útil para ello, pues como bien lo indicó el representante de Metroagua S.A E.S.P.

“El sistema de poza séptica no tiene ningún inconveniente desde el punto de vista de su operación y funcionamiento. Legalmente se encuentra autorizado y es un sistema de evacuación de las aguas residuales totalmente funcional legal y ambientalmente procedente. Sólo se debe tener cuidado en su construcción y vigilar su operación. El hecho de que exista un sistema de este tipo no significa que haya vulneración directa de derechos fundamentales. No hay prueba en el proceso de que se haya presentado el particular.”

La Sala Octava de Revisión en sentencia T-188-12 señaló que además del sistema de alcantarillado existen otras formas adecuadas de manejo de residuos sólidos al indicar que:

“lo importante es tener una solución a las aguas residuales previo al suministro del servicio de acueducto, y esta solución no viene dada de manera exclusiva con la instalación de redes de alcantarillado, pues en casos en los cuales no es posible dicha instalación se recurre a soluciones alternas, como la realización de pozos sépticos a fin de dar manejo adecuado a las mismas o a solicitar la autorización de vertimiento de éstas a un lugar en el que no perjudiquen a la comunidad”.

Si bien no se puede negar que en el caso del accionante la instalación de un pozo séptica desmejora la calidad de la vivienda en relación la existencia de redes de alcantarillados, ello no implica desconocer que la poza séptica se constituye en una herramienta útil para el manejo de residuos sólidos, de allí que al contar con una alternativa que suple el alcantarillado en el caso concreto, pueda soportar el trámite de un proceso ordinario en el que se determine si existió incumplimiento por parte de la entidad demandada y se determinen las acciones a seguir en caso de que haya lugar a ello.

Conclusiones:

\* La situación expuesta por el actor en el presente caso no se enmarca en ninguno de los eventos señalados en el artículo 86 y desarrollados jurisprudencialmente que permiten la procedencia de la acción de tutela contra particulares.

\* La naturaleza del caso puesto a consideración de la Sala en esta oportunidad es eminentemente contractual y no se vislumbra del material aportado al expediente afectación alguna de derechos fundamentales.

\* Al tratarse de una controversia contractual el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para ventilar la cuestión puesta consideración de la Sala. Adicional a ello, no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que permita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

\* El sistema de poza séptica se constituye en una solución viable para el manejo de residuos sólidos en los casos en los cuales no es posible la instalación del servicio de alcantarillado.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia se confirmaran los fallos de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela instaurada por el señor José Eduardo Barros Pinto contra ka Organización Popular de Vivienda el Oasis.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- Confirmar la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por José Eduardo Barros contra la Organización Popular de Vivienda el Oasis.

Segundo.- Por secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 18, Cuaderno 1

2 Folio 37, Cuaderno 1

3 Folio 50, Cuaderno 1

4 Folio 51 y 52, Cuaderno 1

5 Folio 4, Cuaderno 1

6 Folio 5, Cuaderno 1

7 Folio 6, Cuaderno 1

8 Folio 20, Cuaderno 1

9 Folio 19, Cuaderno 1

10 Folio 21, Cuaderno 1

11 Al respecto mirar sentencias T-618-11 y T-734-09

12 En extenso, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

“La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.
2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.
3. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

13 Ver sentencia T-290 de 1993.

14 Sentencia T-233 de 1994.

15 Ver entre otras las sentencias T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

16 Sentencias T-290 de 1993 y T-293 de 1994.

17 Sentencia T-233 de 1994.

18 Ver sentencia T-1091 de 2007.

19 Sentencia T-852-2010

20 Ibídem. Cita la sentencia T-288 de 1995.

22 Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-1008 de 1999 entre otras.

23 Sentencia T-174 de 1994, T-025 de 1995 y T-288 de 1995.

24 Al respecto se ha afirmado que procede la tutela contra poderes sociales y económicos los cuales disponen de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo tales como los medios de comunicación, los clubes de fútbol, las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado o las organizaciones privadas de carácter asociativo, tales como las asociaciones profesionales o las cooperativas y los sindicatos.

25 Sentencia SU-111 de 1997

26 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-282/05

27 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006 la Corte sostuvo: “En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).”

28 En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-441 de 2003 y T-742 de 2002, entre otras.

29 Sentencia T-606 de 2004.

30 Ver entre otras, las sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003. T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003 y T-1121 de 2003.

31 Sentencia T-384 de 1998.

32 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993, T-253 de 1994 y T-142 de 1998

33 Sentencia T-233 de 1994.

34 Ver sentencia T-1091 de 2007.