El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / TEST DE PROCEDIBILIDAD PARA HACER VIABLE EL AMPARO POR VÍA EXCEPCIONAL / CARGA PROBATORIA DEL ACCIONANTE.**

Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (…)

Descendiendo al asunto que se decide, encuentra esta Sala que acertó el funcionario judicial de primera instancia, pues se tiene que, al realizar el test de procedibilidad descrito en la jurisprudencia… el accionante incumple con varias de las condiciones allí establecidas, ya que no se demostró la existencia de un peligro inminente, la afectación de su mínimo vital, ni el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, pues de la situación fáctica descrita en el escrito de tutela, no se deriva una circunstancia según la cual se presente un riesgo cierto e inminente para él o su grupo familiar, y como el propio actor lo afirmó, actualmente reside en la finca Belencito del municipio de Belén de Umbría, propiedad de su señora madre; y si bien afirma tener dos hijas menores de edad, de las cuales solo allegó el registro civil de una de ellas, lo cierto es que, la condición exige que los sujetos de especial protección se encuentren en riesgo, lo cual tampoco se acreditó.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 181 de 06-05-2019

Expediente: 66088-31-89-001-**2019-00023**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por el señor HUGO ALEJANDRO ORTIZ MARULANDA, contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría resolvió la acción de tutela que formuló el opugnante contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI –COMFANDI y el FONDO ADAPTACIÓN.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales a una vivienda digna, igualdad, mínimo vital, debido proceso, petición y vida digna.

2. Señaló como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1. Actualmente reside en la finca Belencito del municipio de Belén de Umbría, propiedad de su señora madre, porque aún no le han otorgado el subsidio a que tiene derecho como damnificado de la ola invernal del año 2011 acaecida en su predio denominado finca El Brillante, ubicada en la vereda Sirguía Alto, jurisdicción del municipio de Guática.

2.2. Las entidades correspondientes, como lo es, el Cuerpo de Bomberos de Santana, corregimiento de Guática, certificaron en su momento sobre los desastres ocurridos en el predio de su propiedad y su calidad de damnificado, para lo cual se dispusieron todos los protocolos y procesos correspondientes a estas situaciones, así como la identificación del bien inmueble, la cuantificación de los daños causados, el desalojo y reubicación de su hogar.

2.3. La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFANDI y el PROGRAMA FONDO ADAPTACIÓN no le han cumplido, pese a conocer las circunstancias de los hechos.

3. Pide, conforme a lo relatado, se ordene a las entidades accionadas, cumplir con lo establecido en la normatividad vigente y reubicarlo por ser damnificado de la ola invernal del año 2011.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, quien le impartió el trámite legal, ordenando su notificación y traslado (fl. 30 Cd. Ppal.).

4.1. El FONDO ADAPTACIÓN, propuso como excepciones la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales alegados y la improcedencia por no cumplirse el requisito de la subsidiariedad. Hizo un resumen respecto a la naturaleza y competencia funcional de esa entidad. Expuso que el accionante fue declarado como elegible para ser beneficiario del Programa Nacional de Vivienda que el Fondo Adaptación adelanta y, la atención de él se encuentra en curso, que a pesar de los inconvenientes que se presentaron, se surte conforme a los plazos y procedimientos establecidos, atención que estaba a cargo del Operador Zonal COMFANDI, conforme al Contrato 088 de 2012 suscrito con el Fondo Adaptación, no obstante, COMFANDI no ejecutó el proyecto de vivienda Belén de la Umbría III, por lo que se realizó la devolución al Fondo de Adaptación para su atención bajo la modalidad de intervenciones directas, y por lo tanto, el Fondo Adaptación materializará su beneficio de vivienda.

Afirma que no ha vulnerado derecho alguno al accionante, pues, se están adelantando las gestiones y acciones necesarias para solucionar los inconvenientes que se han generado y poder entregarle la vivienda a la que tiene derecho conforme a los lineamientos y procedimiento establecido en la Resolución 340 del 2015, debiendo tener en cuenta que las soluciones de la fase tres de atención a las afectaciones que produjo el fenómeno de la niña 2010-2011 no son inmediatas sino de largo plazo, en tanto suponen la implementación de medidas definitivas y no de emergencia o provisionales que fueron asumidas en su momento por los responsables de las fases 1 y 2 de atención a la emergencia invernal.

Aclara que, si bien es cierto la gestión a cargo del Fondo Adaptación se encuentra enmarcada en la tercera fase de atención a las afectaciones que produjo el fenómeno de la niña 2010-2011, y que para ello se contempló una duración estimada de cuatro años, comprendida entre los años 2014 a 2018, no es menos cierto que, a raíz de los inconvenientes que se han presentado desde el punto de vista contractual con algunos de los Operadores Zonales que se contrataron para ejecutar el Programa Nacional de Vivienda, de los cuales se han derivado retrasos en la ejecución y dificultades de orden presupuestal que no han permitido culminar el proyecto, a la fecha ha resultado imposible atender la totalidad de los damnificados que cumplieron con todos los requisitos y por ende fueron declarados elegibles para ser beneficiarios de una vivienda en ese programa.

En ese orden de ideas, dado que el accionante será atendido conforme a los procedimientos, lineamientos y requisitos reglamentarios previstos para materializarle el beneficio como elegible del Programa Nacional de Vivienda que adelanta el Fondo Adaptación, no se configura vulneración a Derecho Fundamental alguno. Solicita relevarlo de cualquier tipo de responsabilidad con relación a las pretensiones reclamadas en la presente acción de tutela o declararla improcedente. (fls. 35-40 id.).

4.2. La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI indicó que no le ha vulnerado al accionante sus derechos fundamentales, ya que ha actuado conforme al contrato 088 de 2012 suscrito entre esa entidad, en su calidad de Operador Zonal, y el Fondo Adaptación, quien mediante la Resolución 340 de 2015, definió los lineamientos sobre los requerimientos técnicos y profesionales que se deberán tener en cuenta para proveer las soluciones de vivienda de interés social prioritario cuyo valor no puede exceder de 70 smlm, a la luz de la ley 1537 de 2012, precisando que las viviendas se ejecutan con los recursos económicos que provee el Fondo Adaptación, quien los tiene en su poder.

En el caso del señor HUGO ALEJANDRO ORTIZ MARULANDA, este se encontraba en lista de hogares para ser atendidos dentro del plan de intervención número 8-187-1-0801-Vivienda Belén de Umbría Belén III-005, devueltos al Fondo Adaptación tal como consta en su comunicación CD-041294-V010011401 de fecha 18 de octubre de 2017, dirigida la doctor Jorge Alexander Vargas, la cual consta en el expediente de tutela, en la que se explica claramente la trazabilidad de todo el proceso de búsqueda de la oferta para desarrollar el proyecto, sin que se pudiera llevar a cabo entre otras razones porque el Fondo Adaptación no expidió el CDR (certificado de disposición de recursos), ni aceptó realizar ajustes al precio de las viviendas al valor del salario mínimo del año 2017; y que, el propietario del inmueble en que se desarrollaría el proyecto, lo vendió a otra persona.

Así las cosas, COMFANDI no es en la actualidad el encargado de atender la reubicación del accionante, por no ser parte de su objeto contractual, siendo el Fondo Adaptación quien debe hacerlo directamente. Solicita negar el amparo constitucional y su desvinculación. (fls. 57-61 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, autoridad judicial que resolvió “*DENEGAR*” por improcedente el amparo invocado, al considerar que “*... la acción de tutela no es procedente para reclamar el derecho a la vivienda digna y solo en contadas excepciones lo es, pero sólo si se cumplen con los elementos antes descritos, esto es: (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. Además, la acción de tutela es un mecanismo jurídico de carácter subsidiario y no fue creada para reemplazar la acción de la justicia ordinaria, motivo por el cual tampoco es procedente su instauración cuando existen otros medios de defensa para satisfacer las pretensiones del accionante, como en el evento que acá se ventila.*” (fls. 62-67 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el señor HUGO ALEJANDRO ORTIZ MARULANDA, sin exponer los motivos de su inconformidad (fl. 68 vto.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

3. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. Es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela, tener en cuenta que es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección.

**VI. CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor HUGO ALEJANDRO ORTIZ MARULANDA, interpuso acción de tutela tras considerar que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI -COMFANDI- y el FONDO ADAPTACIÓN, vulneran sus derechos fundamentales a una vivienda digna, igualdad, mínimo vital, debido proceso, petición y vida digna, al no cumplir con lo establecido en la normatividad vigente y reubicarlo por ser damnificado de la ola invernal del año 2011.

2. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI y al FONDO ADAPTACIÓN, otorgar una solución de vivienda al accionante.

3. En el caso concreto, se tiene que el accionante fue declarado como elegible para ser beneficiario del Programa Nacional de Vivienda que en la actualidad el FONDO ADAPTACIÓN adelanta directamente, por ser damnificado de las afectaciones que produjo el fenómeno de la niña 2010-2011, y que para la tercera fase de atención se contempló una duración estimada de cuatro años, comprendida entre los años 2014 a 2018.

4. Ahora bien, siguiendo de cerca las últimas orientaciones de la Corte Constitucional sobre el requisito de subsidiariedad en los casos de amparo del derecho fundamental a la vivienda digna, en la sentencia T-355 de 2018, expuso:

*“****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 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[[1]](#footnote-1).*

*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[[2]](#footnote-2), 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[[3]](#footnote-3), 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[[4]](#footnote-4).*

*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”[[5]](#footnote-5). 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.”[[6]](#footnote-6)*

*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.”*

5. Descendiendo al asunto que se decide, encuentra esta Sala que acertó el funcionario judicial de primera instancia, pues se tiene que, al realizar el test de procedibilidad descrito en la jurisprudencia antes referida, el accionante incumple con varias de las condiciones allí establecidas, ya que no se demostró la existencia de un peligro inminente, la afectación de su mínimo vital, ni el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, pues de la situación fáctica descrita en el escrito de tutela, no se deriva una circunstancia según la cual se presente un riesgo cierto e inminente para él o su grupo familiar, y como el propio actor lo afirmó, actualmente reside en la finca Belencito del municipio de Belén de Umbría, propiedad de su señora madre; y si bien afirma tener dos hijas menores de edad, de las cuales solo allegó el registro civil de una de ellas, lo cierto es que, la condición exige que los sujetos de especial protección se encuentren en riesgo, lo cual tampoco se acreditó.

Además, en relación con la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido, el ordenamiento jurídico ofrece otros mecanismos, como lo son los medios de control previstos en la jurisdicción Contencioso Administrativa, a los cuales puede acceder el accionante para satisfacer sus pretensiones.

De otra parte, en el presente caso tampoco se acreditó un perjuicio irremediable o situación alguna que amerite la intervención excepcional del juez de tutela.

6. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primer grado, pero estima esta judicatura necesario hacer una aclaración sobre la parte resolutiva, en cuanto a que la acción de tutela es improcedente por incumplirse el citado presupuesto de la subsidiariedad y no “*DENEGAR* por improcedente”, por lo que se modificará en ese sentido el fallo.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, por lo indicado en la parte motiva, pero se MODIFICA el ordinal primero, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. 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). [↑](#footnote-ref-1)
2. 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.” [↑](#footnote-ref-2)
3. 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 Nº 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961). [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 2010, T-109 de 2011, T-106 de 2011, T-740 de 2012 y T-045 de 2014. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)