

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP8801-2018

Radicación n.º 96365

Acta 219

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca ICCU y el Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de la Sabana -DEVISAB-, contra el fallo emitido el 25 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el cual tuteló los derechos a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida en condiciones dignas de María del Carmen García, quien acudió a la acción de tutela a través del Personero Municipal de Tena.

Al trámite constitucional fueron vinculados la Gobernación de Cundinamarca, la Corporación Autónoma Regional de ese Departamento -CAR-, la Empresa de Servicios Públicos de Tena S.A. E.S.P. -ACUATENA S.A.- y el Municipio de Tena.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

Precisa haber atendido en la Personería Municipal de Tena, a la ciudadana MARÍA DEL CARMEN GARCÍA, quien le manifestó que en su vivienda ubicada en el barrio Villa Herrera de la Inspección de la Gran Vía de esa municipalidad, se han presentado desbordamientos por la escorrentía que proviene desde la vía principal que conduce de Mosquera a la Mesa, kilómetro 77.

Argumenta que con tal información procedió a hacer la visita domiciliaria, evidenciando que efectivamente en el lugar se encuentra la escorrentía que proviene del kilómetro 77 aproximadamente de la vía Mosquera - La Mesa, sin que se hubiere realizado obras de mantenimiento, por lo que las aguas corren sin ningún control ni cauce y se desbordan sobre el predio de MARIA DEL CARMEN GARCÍA y los aledaños.

Expone que en los años 2011 y 2012 se realizaron obras de mitigación, sin embargo, desde esa fecha no se han vuelto a efectuar acciones contundentes que mitiguen las afectaciones que padece su representada y su familia, pues en la visita se advierte la falta de mantenimiento del canal, taponamientos y estructuras de madera inservibles instaladas en esas épocas.

Alude que mediante derecho de petición solicitó al ICCU la solución a dicha problemática y esta entidad remitió su inquietud al Consorcio DEVISAB, el cual, en oficio del 17 de agosto de 2017, le indicó que el drenaje de la vía ha sido manejado y encausado mediante las acciones de mitigación realizadas hasta el momento en el sitio inestable y que finalmente se realizarían las obras de estabilización y ampliación del tercer carril de adelantamiento.

Señala que pese a que han transcurrido casi tres meses sin que sea ostensible, (sic) obras de mitigación que evite el sufrimiento de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA, y por el contrario, las lluvias en el sector han sido abundantes y continúan los desbordamientos ocasionando inundaciones en el primer piso de su predio y haciendo más inestable el terreno aledaño recargándose este sobre los muros de la vivienda que puede concluir en el colapso de la

construcción.

Finalmente, manifiesta que esta situación afecta el derecho a la dignidad humana de la accionante, y de su grupo familiar, además que existe un grave riesgo de colapso de las viviendas, lo que impone la intervención inmediata de las autoridades competentes¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca concedió el amparo incoado por la demandante al estimar que las accionadas con su actuación vulneraron los derechos de María del Carmen García y demás residentes del barrio Villa Herrera de la Inspección La Gran Vía del municipio de Tena, en razón de los desbordamientos del agua lluvia que circula libremente [escorrentías] sobre la superficie de la vía principal que conduce de Mosquera a La Mesa, por encontrarse ésta en un nivel superior, ha producido inundaciones en sus viviendas.

Adujo que la acción de tutela es procedente en este caso al evidenciarse la conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y uno de carácter fundamental.

Destacó que las demandadas informaron que la problemática expuesta por el actor fue solucionada en su momento a través de la construcción de estructuras hidráulicas que hacen entrega del caudal de la escorrentía aferente en Box Culvert del K77+635 por donde cruza la quebrada Los Micos, y las filtraciones corresponden al inadecuado servicio de alcantarillado y acueducto que son responsabilidad del municipio.

Por las pruebas arrojadas y en especial con la inspección judicial realizada a través del Juzgado Promiscuo Municipal de Tena al inmueble de la accionante, encontró acreditados los daños producto de las filtraciones de las aguas lluvias que le producen inundaciones, emposamiento y las actividades de drenaje manual por ausencia de un acueducto y sistema de alcantarillado adecuado, situaciones éstas que consideró no fueron controvertidas por

las accionadas quienes aportaron informes de contención de la problemática pero del año 2009.

En virtud de lo anterior, decidió amparar los derechos a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida en condiciones dignas de María del Carmen García, y en consecuencia, ordenó:

al Gerente General de la Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana DEVISAB y al Director del Instituto de infraestructura de Cundinamarca ICCU, que dentro del ámbito de sus competencias (según las obligaciones determinadas en el Contrato de Concesión No. 01 de 1996 - fls 91 y s.s. c.o. 1), adopten las medidas técnicas, adecuadas y necesarias para hacer cesar la afectación que aquella padece por el desbordamiento de las aguas residuales que provienen de la escorrentía y desembocan en el barrio Villa Herrera, con la implementación de medidas sanitarias y de alcantarillado adecuado que permitan su evacuación, a través de la construcción de obras de desagüe o el mantenimiento de las que existan.

LA IMPUGNACIÓN

- Concesionaria del Desarrollo Vial de la Sabana -CONSORCIO DEVISAB-

El Director Jurídico refirió que según lo probado en la acción, el motivo de la conculcación de los derechos fundamentales es la inexistente red de acueducto en el centro poblado, que es competencia del Alcalde, de conformidad con la Constitución y la Ley, y de no existir un sistema adecuado aun cuando hayan canales de desagüe la problemática seguirá por no haber un ducto que las canalice.

- Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca ICCU

El Jefe de la Oficina Asesora de Gestión Jurídica y Contractual informó que carecen de

legitimidad para acatar el fallo de tutela pues ello es función del municipio o la correspondiente empresa de servicio público, más, cuando los daños no se están causando en la vía sino en la zona urbanizada, por tanto, eventualmente, procedería la reubicación pero a cargo de las entidades municipales o departamentales.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida en condiciones dignas de María del Carmen García y demás residentes del barrio Villa Herrera de la Inspección La Gran Vía del municipio de Tena, en razón de los desbordamientos del agua lluvia que circula libremente [escorrentías] sobre la superficie de la vía principal que conduce de Mosquera a La Mesa, la cual ha producido inundaciones en sus viviendas.

Previo a resolver de fondo el asunto, esta Sala establecerá la legitimidad del personero municipal de Tena y la procedencia de la acción de tutela ante la vulneración de derechos colectivos, así:

2. Legitimidad del personero municipal para instaurar acciones de tutela a nombre de terceros

Frente este aspecto no existe duda de la legitimación del Personero del municipio de Tena para invocar el amparo en nombre de María del Carmen García, porque es la misma Constitución la que consagró que estos servidores como parte del Ministerio Público², tienen entre otras funciones, la defensa de los derechos de los miembros de la comunidad.

Así mismo, porque el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, estableció que éstos se encuentran facultados para interponer acción de tutela en representación de cualquier

persona que lo solicite o que se encuentre en estado de indefensión o desamparo³. Este precepto legal señala:

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.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

3. Procedencia de la acción de tutela ante la presunta vulneración de derechos colectivos cuando se involucran derechos fundamentales

Al encontrarse establecido unos mecanismos especiales para la protección de los derechos colectivos, entre otros las acciones populares, las de grupo o la vía judicial ordinaria ante lo contencioso administrativo cuando la afectación de los derechos se derivan de la manifestación de la administración, se señaló como regla general la improcedencia de la tutela si la finalidad se concentra en proteger dichas garantías. No obstante, el amparo puede solicitarse por esta vía si la vulneración conlleva la amenaza o trasgresión de otros derechos de carácter fundamental.

La Corte Constitucional ha mencionado algunos eventos en los cuales procede este mecanismo cuando se trate de derechos colectivos⁴, así:

a) que haya conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o afectación de un derecho fundamental;

- b) el accionante debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental;
- c) la vulneración no puede ser hipotética sino que debe encontrarse expresamente probada en el expediente;
- d) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del colectivo, aunque por efecto de la decisión este último lo resulte y,
- e) debe estar acreditado que las acciones populares no son un mecanismo idóneo en el caso concreto para la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado.

En este sentido, es sobre cada situación en concreto que se analiza la posible amenaza o vulneración de derechos fundamentales, derivada de la trasgresión de colectivos, casos en los cuales procederá esta vía como mecanismo de protección.

En efecto le asistió razón al A quo cuando consideró la procedencia del trámite constitucional en este asunto, pues el registro fotográfico allegado por el Personero Municipal y el video realizado en el inmueble de la actora, que obran como soporte de la demanda, corroboran la problemática que presenta por la inundación que se produce en el primer piso de su vivienda cuando ocurren precipitaciones de aguas lluvia por encontrarse ubicada en un nivel inferior respecto de la carretera, situación ésta que afecta de manera flagrante sus derechos fundamentales.

4. Caso concreto

4.1 María del Carmen García, a través del Personero Municipal de Tena, solicitó el amparo de sus derechos a la salud, a la dignidad humana, a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas, por considerarlos vulnerados por la Gobernación de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura de Cundinamarca [ICCU], la Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana [Consortio DESAB] y la Corporación Autónoma Regional [CAR], por los

desbordamientos que se presentan del agua lluvia que circula libremente sobre el kilómetro 77 de la vía que conduce de Mosquera a La Mesa, que le han producido afectaciones a su vivienda por estancamiento de aguas, pues el inmueble se ubica en un nivel inferior.

Esta situación la atribuye a la ausencia de obras de mantenimiento en el sector, pues desde los años 2011 y 2012, no se hacen trabajos de mitigación que producen taponamientos en la canal, resaltando que aún existen estructuras de madera que fueron instaladas en esa época que a juicio de ésta resultan inadecuadas.

Frente a lo anterior, la Alcaldía Municipal de Tena, confirmó la existencia de problemas sobre el sector que indicó la actora, pero señaló que éste se acentuó con la construcción de los terceros carriles por la concesión, con la remoción de masas que desestabilizó el terreno, por lo que para los años 2011 y 2012, con la Corporación Autónoma Regional, tuvieron que desarrollar un sistema de table - estacad para mitigar el impacto de las aguas lluvias, y responsabilizó al Instituto y a la Concesionaria por no haber ejecutado las labores de contención, según se comprometieron en acta suscrita el 16 de mayo de 2012.

Por su parte, la empresa contratista señaló que la dificultad de que trata la demanda, ya fue atendida y solucionada con la construcción de estructuras hidráulicas que hacen entrega del caudal de estas aguas aferente en Box Culvert del kilómetro 77+635 por donde cruza la quebrada Los Micos y las filtraciones de agua que se pudieran presentar corresponden al inadecuado servicio de alcantarillado y acueducto del sector donde se ubica la vivienda, hecho que refirió se encuentra a cargo del municipio.

Ante las dos manifestaciones, contradictorias entre sí, el A quo ordenó la práctica de una inspección, que tuvo lugar el 16 de abril de 2018 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tena, diligencia en la que participó el Jefe de Planeación de esa localidad, y en la misma se destacó que sobre el kilómetro 77 + 635, fueron realizadas obras de manejo de aguas con la ampliación de cunetas y la construcción de un muro de contención, pero que a juicio del

funcionario judicial, quien se basó del concepto dado por el servidor de la administración local que efectuó el acompañamiento, por la cantidad de agua que reciben no resultan suficientes para contenerlas, pues señaló que la canal se reboza y la pared presenta filtraciones, que ocasionan que en pequeños cauces el agua se dirija hacia el barrio de la demandante, por la depresión topográfica que existe en el lugar.

Así mismo, en dicha inspección se concluyó que en el kilómetro 77 + 640 las aguas lluvia que circulan sobre la superficie llegan en su totalidad al Box Couvert, por la filtración que se produce en el kilómetro 77 + 635, desembocando finalmente en la vivienda de la accionante.

La decisión del Tribunal de primera instancia, si bien pudo contener una intención plausible, pues corroboró la afectación que padece María del Carmen García, en sus derechos fundamentales y la protección inmediata que los mismos deben tener por la jurisdicción constitucional, pero ante la complejidad y lo técnico del asunto, la inspección judicial por sí sola no sería suficiente para atribuir responsabilidades como se hizo en la sentencia impugnada.

A la anterior conclusión se llega en tanto ésta presentó muchas falencias, entre las cuales se destacan las siguientes:

- i) Se practicó en un día soleado, cuando la problemática radica en el desbordamiento e inundación que producen en la vivienda de la demandada las aguas lluvias;
- ii) se realizó con el acompañamiento del Jefe de Planeación Municipal, funcionario que cuenta con una vinculación con una de las partes demandadas, y;
- iii) según se observó en el registro fílmico, se hizo sobre la vía intermunicipal y las obras efectuadas por las entidades que controvierten la providencia de primer grado, sin haberse incluido el sector donde se ubica la vivienda afectada, para establecer si las inundaciones

pudieron o no, estar relacionadas a un sistema de acueducto y alcantarillado inadecuado o insuficiente.

Así las cosas, con la prueba obrante en la actuación no resultaría factible edificar una determinación como la refutada por el Instituto de Infraestructura de Cundinamarca [ICCU] y la Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana [Consortio DESAB], en sus escritos de impugnación, ya que la misma no es conducente y el Juez Constitucional no cuenta con los conocimientos técnicos para dilucidar el asunto.

Para ello se requiere de un estudio adecuado por una entidad experta en la materia, que valore de manera detallada las circunstancias propias de la vivienda y los lugares adyacentes, para que se cuente con un informe que se acerque a las posibles soluciones de la problemática que afecta tanto a la accionante como a la comunidad del sector.

Al respecto el Magistrado de la Corte Constitucional, Luis Ernesto Vargas Silva, en Aclaración de Voto a la Sentencia T-702 de 2011, explicó:

Estoy de acuerdo con que el juez constitucional carece, en principio, de los conocimientos técnicos necesarios para tomar una decisión respecto del nivel de riesgo en el que se encuentra un inmueble. Por eso considero que una orden adecuada para la protección del derecho a la vivienda digna en su componente de habitabilidad, es la elaboración de un peritaje que establezca las condiciones del inmueble, antes de tomar una decisión sobre las medidas concretas para mitigar el riesgo

En este sentido, una vez verificada la vulneración de derechos fundamentales de la actora, y especialmente, comprobado el riesgo cierto en que se encuentra, considera esta Colegiatura que lo procedente será confirmar el numeral primero de la parte resolutive del fallo de fecha 25 de abril de 2018, proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, pero se modificarán los numerales segundo y tercero, impartiendo el siguiente ordenamiento:

Que en un término inferior a las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia de manera mancomunada, la Alcaldía Municipal de Tena, el Instituto de Infraestructura de Cundinamarca [ICCU] y la Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana [Consortio DESAB], realicen las gestiones administrativas necesarias para disponer de recursos para contratar a cargo de éstas un dictamen pericial que se elaborará en el término máximo de un (1) mes, con el que se determine la afectación de la vivienda de la accionante, el riesgo actual y futuro de inundación del inmueble y el estado del sistema de acueducto y alcantarillado de la localidad y si el mismo es adecuado y/o suficiente para repeler las aguas lluvias.

Así mismo, el experticio técnico deberá contener las medidas que corresponda adoptar y las obras que se deberán ejecutar y que se requieren para garantizar su habitabilidad en condiciones dignas y evitar que se presenten nuevas afectaciones, así como determinar en qué plazo pueden llevarse a cabo.

Una vez se tenga dicho dictamen, las mencionadas entidades, dentro del ámbito de su competencia, darán cumplimiento a lo que allí se disponga, resaltando que las obras que no podrán exceder el término de doce (12) meses calendario.

A efectos de lograr una decisión objetiva e independiente, el concepto debe ser elaborado por una entidad pública del orden nacional o departamental, o por una agremiación privada del orden nacional como, por ejemplo, la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

Primero. Confirmar el numeral primero de la sentencia impugnada.

Segundo. Modificar los numerales segundo y tercero del fallo de primera instancia para en su lugar ordenar que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, de manera mancomunada por la Alcaldía Municipal de Tena, el Instituto de Infraestructura de Cundinamarca [ICCU] y la Concesionaria de Desarrollo Vial de la Sabana [Consorcio DESAB], y dentro del ámbito de sus competencias, realicen las gestiones administrativas necesarias para contratar a cargo de éstas un dictamen pericial que se elaborará en el término máximo de un (1) mes, con el que se determine la afectación de la vivienda de la accionante, el riesgo actual y futuro de inundación del inmueble y el estado del sistema de acueducto y alcantarillado de la localidad y si el mismo es adecuado y/o suficiente para soportar o amortiguar las aguas lluvias.

Así mismo, el experticio técnico deberá contener las medidas que corresponda adoptar y las obras que se deberán ejecutar y que se requieren para garantizar su habitabilidad en condiciones dignas y evitar que se presenten nuevas afectaciones, así como fijar el plazo razonable en que pueden llevarse a cabo.

Tercero. Disponer que una vez se tenga dicho dictamen, las mencionadas entidades, dentro del ámbito de sus competencias, darán cumplimiento a lo que allí se disponga, resaltando que las obras no podrán exceder el término de doce (12) meses.

Cuarto. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folios 163 y 164, cuaderno del Tribunal.
- 2 Art. 118 [Constitución Política](#)
- 3 Sentencia CC T-178 de 2015, CC T-662 de 1999, CC T-408 de 2013 entre otras.
- 4 Sentencia CC T-178 de 2015