

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.: 110014189044-2023-00227-01
ACCIONANTE: JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR, EN REPRESENTACIÓN DE VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ
ACCIONADA: YINILICETH ROA SARMIENTO

ACCIÓN DE TUTELA -SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación formulada por la señora JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR, en representación de sus menores hijos VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ, contra la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y cuatro (44) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., mediante la cual decidió no tutelar los derechos fundamentales a la salud, vivienda digna y protección constitucional de menores de edad invocados por la accionante.

ANTECEDENTES

Para la protección de los derechos fundamentales a la salud, vivienda digna y de protección constitucional de los menores VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ, la señora JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR instauró acción de tutela en contra de la señora YINILICETH ROA SARMIENTO, para que se le ordene dar una respuesta a fin de solucionar los problemas de humedad que se están presentando en el apartamento No. 101 del Edificio Herba 2 P.H. de su propiedad.

Como sustento de su pretensión, la accionante señaló que vive en el apartamento No. 101 y la accionada en el No. 201, ambos del edificio mencionado.

Refirió que desde hace 6 meses, en la terraza de la señora ROA SARMIENTO se están presentando filtraciones de agua, ocasionando humedad en su cocina, baño y habitaciones.

También indicó que debido a la humedad y a los hongos que ésta deriva, se están afectando las vías respiratorias de sus hijos.

ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Expresó que se ha comunicado con la señora ROA SARMIENTO de manera personal y a través de mensajes de whatsapp, poniéndole en conocimiento la situación de salud de sus hijos y para compartirle diferentes fórmulas de arreglo, sin embargo, todas han sido negadas por la accionada.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Cuarenta y cuatro (44) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. en sentencia de 7 de septiembre de 2023, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Como argumento de su decisión, manifestó que la acción de tutela no es el escenario para dirimir el conflicto suscitado entre la accionante y la accionada, toda vez que la señora GONZÁLEZ AGUILAR cuenta con los medios ante la jurisdicción ordinaria civil o policiva, siendo los medios idóneos para solucionar el problema de humedad en los apartamentos.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante la impugnó y en su escrito manifestó que el fallo no se ajusta a los antecedentes que motivaron su interposición, también que se niega a garantizar la protección especial de los menores de edad quienes son sujetos de especial protección y que se incurre en un error al considerar que la acción de tutela no procede en contra de particulares.

Como fundamento expresó, que el Juez de primera instancia se equivoca en señalar que lo pretendido es dirimir un conflicto de carácter civil, cuando lo que se encuentra amenazado es el derecho fundamental a la salud de sus hijos, pues habitan un inmueble con humedad y no puede solucionar el problema ya que éste se origina en otra vivienda de la que no tiene acceso.

También indicó que los menores VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ son sujetos de especial protección, motivo por el que resulta inaceptable que la ley se niegue a proteger sus derechos.

Refirió que la primera instancia desestimó las pruebas que demuestran la gravedad de la humedad y las consecuencias que ha traído consigo, hasta el punto en que NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ esta en cuidados intensivos por la afectación en su sistema respiratorio.

CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 333 de 2021, por medio del cual se establecieron las reglas para el reparto de las acciones de tutela.

En el presente asunto, debe determinarse si efectivamente se busca la protección de derechos fundamentales, o si por el contrario aquellos obedecen a otra categoría que impidiere acudir al presente medio de protección constitucional.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que conforme al Artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela se constituyó como un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales, este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.

*En armonía con el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando **(i)** el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, **(ii)** cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o **(iii)** cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*

En el entendido que es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, aun sobre la base de la existencia de otro medio judicial, resulta imprescindible demostrar la ocurrencia de una amenaza o de una agresión actual e inminente que pongan en peligro el derecho fundamental, o lo que es igual, acreditar que el derecho presuntamente afectado se encuentra sometido a un perjuicio irremediable.

En ese contexto, la Corte en diferentes pronunciamientos ha considerado que para determinar la irremediabilidad del perjuicio debe tenerse en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura como

ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

son: **(i)** la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; **(ii)** la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; **(iii)** la urgencia, que exige por supuesto la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y **(iv)** la imposterabilidad de la tutela, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.

En el presente asunto, la señora JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR, en representación de sus menores hijos VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ promueve acción de tutela a fin de que la señora YINILICETH ROA SARMIENTO brinde una respuesta para arreglar los problemas de humedad que se están presentando en los apartamentos Nos. 101 y 201 del Edificio Herba 2 P.H.

En su informe, la señora YINILICETH ROA SARMIENTO manifestó que los problemas de humedad surgieron a partir de las remodelaciones realizadas por la accionante en su apartamento, por lo que no le corresponde su arreglo.

De otro lado también indicó que si el apartamento de la accionante se acogiera al diseño original, los problemas planteados en la acción de tutela desaparecerían.

Conforme lo expuesto, tal como se indicó en primera instancia, la acción de tutela resulta improcedente toda vez que la señora JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR cuenta con los medios judiciales a su alcance, como lo es acudir ante la jurisdicción ordinaria civil para que a través del proceso declarativo de responsabilidad civil contractual o extracontractual, discuta los perjuicios que se le están ocasionando con ocasión al problema de humedad en su apartamento.

De otro lado, también cuenta con la querrela policiva de perturbación a la posesión ante el inspector de policía, quien es la autoridad competente para ordenarle a la persona que incurra en alguna infracción, las reparaciones que correspondan, siendo el medio de defensa idóneo y eficaz para la obtención de las pretensiones, puesto que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se presenta en los eventos mencionados en la jurisprudencia transcrita y lo cual debe ser debidamente probado por quienes lo

ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

alegan, acreditando claramente las circunstancias que evidencien la urgencia y la gravedad del perjuicio que permitan determinar que la acción de tutela es impostergable y a pesar de existir otro medio de defensa judicial procede como mecanismo transitorio.

Con todo, si se encuentra una imprecisión en la decisión adoptada por el a quo, y es que en eventos en los que en el estudio de los requisitos habilitantes de la acción de tutela el fallador encuentra que alguno o algunos no se encuentran superados, lo que preliminarmente impide el estudio del fondo del asunto, lo técnicamente correcto no es negar el amparo, pues esto sólo es posible cuando se ha dado un examen pormenorizado de los elementos de hecho y de derecho de la tutela; en tanto, cuando el amparo no prospera porque uno de los requisitos no se encuentran satisfechos, el llamado no es a "negar" la acción sino a "declarar su improcedencia".

En este sentido la Corte Constitucional en pronunciamiento del 4 de mayo de 2021 reiteró lo siguiente:

"(...) Como se reseñó en los antecedentes de esta providencia, el juez de primera instancia "negó" la protección constitucional indicando argumentos de procedibilidad, esto es, que no se superaba el principio de subsidiariedad, por lo que el accionante debía exponer su controversia en la jurisdicción ordinaria; determinación que fue confirmada íntegramente en segunda instancia. Pues bien, la Corte ha explicado que negar la acción de tutela implica un análisis de fondo de la vulneración, mientras que formular la improcedencia supone la ausencia de los presupuestos procesales indispensables para que el juez pueda adoptar la decisión sustancial (legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad); de forma que, ante la falta de dichos requisitos lógico-jurídicos, el fallador debe abstenerse de evaluar los elementos de la trasgresión y declarar la improcedencia. En este orden de ideas, toda vez que en este caso los jueces de instancia consideraron que no se satisfacía uno de los presupuestos procesales -la subsidiariedad-, no se debió haber "negado" la acción sino "declarado su improcedencia" (...).¹

De conformidad con lo expuesto, se modificará el fallo proferido en primera instancia precisando que el fracaso de las pretensiones de la accionante se dará bajo la figura de la improcedencia de la acción y no por la negación de ésta.

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

¹ Sentencia T-125 de 2021.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo proferido el 7 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y cuatro (44) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. En su lugar, se **DECLARA IMPROCEDENTE** la protección de los derechos fundamentales invocados por la señora JUANITA GONZÁLEZ AGUILAR, en representación de sus menores hijos VALENTINA TIBALDI GONZÁLEZ Y NICOLÁS TIBALDI GONZÁLEZ.

SEGUNDO: NOTIFICAR éste proveído por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

TERCERO: REMITIR sin tardanza esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispuesto por el Artículo 32 del precitado decreto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente

**CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ**

DMR

Firmado Por:

Constanza Alicia Pineros Vargas

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 038

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f17f08e80fd847d0718868496f357b9b70d500a35b731ba9ee39d8643942aa2c**

Documento generado en 25/09/2023 03:28:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>