

Sentencia T-1216/04

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Existencia de perjuicio irremediable

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Deterioro de inmueble por construcción de carretera

JUEZ DE TUTELA-Ordena estudio geológico para determinar si obra de construcción deteriora vivienda cercana

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Circunstancia de debilidad manifiesta para negociar con el departamento

Referencia: expediente T-968807

Acción de tutela instaurada por María Esther Dorado de Sotelo contra el Departamento del Cauca

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

En el proceso de revisión del fallo proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de tutela iniciado por María Esther Dorado de Sotelo contra el Departamento del Cauca

## I. ANTECEDENTES

1. El día 3 de marzo de 2004, la ciudadana María Esther Dorado de Sotelo entabló una acción de tutela contra el Departamento del Cauca, por considerar que éste amenaza sus derechos fundamentales a la vida (C.P., art. 11), a la familia (C.P., art. 42) y a la vivienda (C.P., art. 64). Manifiesta la actora que estos derechos están siendo amenazados por causa de la construcción de la carretera Boquerón- Bolívar. Expresa en su escrito de tutela, el cual se encuentra rubricado con la huella digital de la actora, puesto que no sabe firmar:

“Soy propietaria del predio rural denominado Higuerón Yarumo, ubicado en el Sector de la Caldera del Municipio de Bolívar, dicha vía pasa por el predio de mi propiedad y en su construcción mi vivienda quedó al borde de un barranco que tiene más de treinta metros de talud entre la vivienda y la carretera, y del borde del barranco a la casa hay menos de veinte metros de distancia, en estos días de invierno los deslizamientos han sido constantes y la cocina de la vivienda ya fue afectada y hubo necesidad de abandonarla y el resto de la casa corre eminente peligro de derrumbarse, poniendo así en peligro mi vida y la de toda mi familia.

“Acción de tutela que se dirige contra el Departamento del Cauca, representado por el señor Gobernador, pues esta vía está siendo construida por parte del Departamento del Cauca.

“Solicito Señor Juez se sirva ordenar la construcción de obras inmediatas que detengan el deslizamiento de la vivienda, pues los daños ya causados serán objeto de una demanda administrativa. La acción va encaminada a que se evite la destrucción total de mi vivienda y el riesgo inminente de perder la vida y la de mi familia.”

2. El Juzgado Civil del Circuito de Bolívar, Cauca, ordenó la práctica de una inspección judicial a la vivienda de la actora, la cual se realizó el día 11. En la diligencia contó con la asesoría de la ingeniera Claudia Ximena Granados, de la Cooperativa de Trabajo Social, entidad que realiza labores para la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bolívar. En el acta de la diligencia se describió la vivienda y el sitio en donde se encuentran de la siguiente forma:

“Seguidamente se procedió a identificar la vivienda, la cual se encuentra construida en paredes de adobe, techos en teja de barro cocido, cuenta con una sala y dos piezas, en forma separada y hacia el frente y diagonal de vivienda se encuentra la cocina levantada en bahareque, con techos de cartón, pisos de tierra. Observado el sitio se puede constatar que la vivienda y la cocina están construidas en un barranco alto, hacia el lado izquierdo del corte de la carretera Boquerón- Bolívar, el cual le da la vuelta en “U”, constatando que el derrumbe queda más o menos a unos veinticinco (25) metros de la vivienda y por la parte Sur Oriental de la vivienda se observa el barranco a una altura o con una altura aproximada de nueve (9)1 metros. Según los presentes, el derrumbe hace más o menos unos seis meses se viene acercando a la vivienda.”

En la diligencia se le solicitó a la perita que determinara para el despacho: i) El riesgo que

generaba para la vivienda la construcción de la carretera y el barranco que se había formado; y ii) las posibles soluciones al problema. Para ello le concedió un término de tres (3) días.

3. El día 16 de marzo, la ingeniera Granados presentó su peritazgo. Este precisa:

#### “1. ESTADO DE RIESGO DE LA VIVIENDA

Tomando como base una inspección netamente visual, se determina que la vivienda presenta un alto riesgo de deslizamiento debido a los cortes de tierra en la vía Variante Boquerón - Bolívar, ya que dichos cortes tienen una altura considerable y el talud no presenta la inclinación adecuada de pendiente. Además, el terreno que soporta la vivienda tiene un estrato bastante grueso de tierra negra, este tipo de suelo presenta una estabilidad muy pobre cuando no se encuentra bien confinado, la cafetera (sic) presenta agrietamientos cerca del borde del talud lo que evidencia ya la presencia de un espejo de falla en el mismo que al momento de saturarse de agua puede generar una avalancha.

#### “2. MEDIDAS PREVENTIVAS Y/O CORRECTIVAS NECESARIAS

4. El departamento del Cauca respondió la acción de tutela después de vencido el término que le fuera concedido por el Juez. Manifestó que se había firmado un contrato con ASOMAC - la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano - para el mejoramiento, pavimentación y apertura de la vía La Lupa - Santo Domingo - Variante Boquerón - Bolívar, y que, por lo tanto, los posibles daños causados en la construcción de la carretera eran imputables a ASOMAC, para lo cual esta compañía había suscrito pólizas de responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, expresa que la acción debió dirigirse contra ASOMAC. Además, en el escrito se expresa que la acción era improcedente, puesto que su pretensión debía ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente, anota que en ningún momento la interesada ha cruzado comunicación alguna con ASOMAC, a efectos de tomar las medidas necesarias.

## II. DECISIONES JUDICIALES

5. En su sentencia del 17 de marzo, el Juzgado Civil del Circuito de Bolívar resolvió tutelar el derecho de la actora y de su familia a la vida y le concedió al Gobernador del Departamento

un término de 48 horas “para que realice todas las gestiones pertinentes y necesarias para que se construya un muro en concreto reforzado de una longitud aproximada de trescientos (300) metros y una altura variable que en promedio tendría unos ocho (8) metros, para impedir el deslizamiento de la vivienda o en su defecto se reubique dicha vivienda, sin que la construcción de dicha obra y/o reubicación sobrepase los dos (2) meses, contados a partir de la fecha de notificación de esta providencia.”

Expone que la acción de tutela persigue proteger el derecho de la actora a la vida y que, por consiguiente, la demanda de tutela era procedente.

Expresa que el departamento intervino fuera del término y que por eso no había sido posible citar a ASOMAC para que participara dentro del proceso. A pesar de ello, afirma que no era necesario convocar a esa empresa, pues la administración debía responder por los daños causados por las compañías contratistas que desarrollan obras públicas. Cita al respecto la sentencia T-590 de 1998 de la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 1997, actor Wenceslao García Parra, exp. 13028, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, en la cual se expresó: “En materia de responsabilidad extracontractual la Corporación ha señalado que la administración en los casos relacionados con daños causados a terceros en la ejecución de obras públicas mediante el concurso de contratistas, la respectiva entidad estatal se obliga a resarcir al damnificado si prueba éste que los perjuicios se han derivado en desarrollo de tales trabajos, y si además, la demanda ha sido dirigida contra dicha entidad o contra ambos, demostrando claro está que el servicio funcionó mal, no fue prestado o se prestó irregularmente o por lo menos que acredite que aquel emergió con ocasión de la prestación del servicio (nexo causal)...”

También precisa que el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, en sus numerales 4, 5 y 7, “señala que la administración se obliga directamente a indemnizar a los terceros los perjuicios que sobrevengan como consecuencia de la actividad contractual cuando la actividad se haya desarrollado por intermedio de un contratista.” Expresa que esta interpretación se deriva de la sentencia del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 1995, proceso 8745, actor: Isabel Cardozo de Ortiz y otros, C.P. Juan de Dios Montes. También remite a la sentencia del 7 de septiembre de 1998, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Por lo tanto, concluye: “así pues la acción puede dirigirse solo contra la administración o

contra el contratista o contra ambos. En el caso presente se dirigió contra la administración departamental y ella tiene todos los instrumentos para hacer efectivas las pólizas de responsabilidad extracontractual por los perjuicios causados.”

6. La Gobernación del Cauca apeló la sentencia de primera instancia. En el escrito se manifiesta que el juez de tutela desconoció el ejercicio del derecho de defensa a la parte demandada. Afirma que el juez debió haber atendido los escritos enviados por la Gobernación, dado que el fallo no se había dictado aún y que él debía haber valorado todas las pruebas obrantes en el proceso antes de proferir su sentencia.

Manifiesta que la sentencia “plantea tutelar el derecho a la vida, sobre situaciones que no demuestran peligro inminente, ni futuro. Por el contrario, el fallador quizás observó las situaciones propias de la vivienda, que en nada tienen incidencia la obra, pues son resultado de los materiales utilizados y la estructura de que la han dotado sus titulares.” Fundamenta este aserto con dos informes elaborados, el primero, por la Secretaría de Infraestructura del Departamento y, el segundo, por un ingeniero que había actuado como interventor de la obra.

En el escrito del ingeniero interventor, Edgar Felipe Acosta, fechado el 23 de marzo de 2004, se manifiesta en la parte pertinente:

“Dentro del proceso de construcción de la vía Boquerón - Bolívar se han presentado algunos casos en los cuales era necesario reubicar viviendas o indemnizar a propietarios por mejoras o cultivos afectados. Para lo cual existe un rubro denominado INDEMNIZACIONES, lo cual se ha hecho en algunos casos.

“Respecto a la tutelante María Esther Dorado Sotelo, por su predio pasa la vía (K9+480 - k9+820), que cuando se inició el proyecto (1984), los cortes existentes tenían alturas promedio de 8 y 10 mtrs, sin que esto afectara la estabilidad general del talud, además la vivienda está ubicada aproximadamente a 30 mtrs de la corona del mismo, ahora bien si ha ocurrido un comportamiento nuevo del talud por alguna causa, esto se debe a una situación no previsible en la obra. De ser así, lo más aconsejable sería la reubicación de la vivienda de la señora tutelante, puesto que la construcción de un muro de esta magnitud lo hace inviable económica y técnicamente, razón por la cual considero no acertado el fallo judicial. Además, los términos señalados por el juez para la solución a la problemática no son posibles

administrativa y técnicamente y en tal sentido se debe apelar la decisión.

“Considero que mayor información al respecto debe solicitarse a la Entidad Contratista ASOMAC, pues entiendo que la Señora Tutelante cedió un terreno para bote de tierra, pero como aún no le cancelan la totalidad de la indemnización respectiva (se deben \$100.000.00) está buscando otros recursos para hacer efectivo el pago.

“(…)

“Cabe aclarar que las reubicaciones de vivienda en la zona del proyecto fueron estudiadas y tenidas en cuenta, cuando el riesgo y peligrosidad del predio fuese evidentes o estuvieran ubicadas en el ancho o zona del proyecto” (negrillas originales)

Por su parte, en el informe sobre la inspección técnica realizada en el predio, elaborado por dos ingenieros al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Departamento, y de fecha 23 de marzo de 2004, se afirma:

“Estado de la vivienda.

“Vivienda de dimensiones 12.35 metros de frente por 5.20 metros de fondo, con muros de doble adobe, cielo raso en bahareque, estructura de cubierta en madera y cubierta en teja de barro; construida con pobres requerimientos constructivos, sin estructura de cimentación y amarre (vigas y columnas), el piso de la vivienda se encuentra en un gran desnivel, el cual sigue la inclinación del terreno. La vivienda es antigua y se encuentra en mal estado de conservación, lo cual agrava la condición de deterioro de los elementos con que fue construida. Únicamente en la fachada principal se observa una fisura sobre el marco en madera de una de las puertas, fisura que sigue la línea de dilatación del muro interior, que hace las veces de división de una de las habitaciones; la fisura de aproximadamente 1.00 metros de longitud y ancho no mayor a 1.00 centímetros, no demuestra ser de reciente aparición y sus características indican ser causada por un efecto de asentamiento diferencial, e consideración de la no existencia de una adecuada cimentación y estructura de amarre de los muros. El resto de la vivienda no presenta fisuramientos, tan solo un notable deterioro causado por la antigüedad de la construcción, el tipo de materiales utilizados y la falta de mantenimiento del inmueble.

“Aledaña a la vivienda principal existe otra construcción de 3.40 x 3.4 metros, en muros de adobe en papelillo, con cubierta de estructura de madera y teja de barro; igualmente en mal estado de conservación.

“Ubicación de la vivienda con relación a la vía

“El terreno que bordea la casa está sembrado con grama y algunos frutales (naranjos) y un pequeño bosque nativo al costado derecho de la vivienda, el cual se encuentra afectado parcialmente por un deslizamiento del talud de la vía en construcción. Para la presente inspección no se cuenta con un estudio geológico, con el cual se pueda determinar el grado preciso de inestabilidad del terreno aledaño a la vía y de la vivienda misma; sin embargo, no se aprecian fisuramientos, asentamientos recientes, ni planos de falla, que determinen la inminencia de un deslizamiento.

“Con relación al talud de la vía, debido igualmente a la inexistencia de un estudio geológico específico para este sector, no podemos determinar si la inclinación del talud es adecuada o no, sin embargo las inestabilidades observadas en el talud obedecen en principio al fenómeno normal de descompensación de masas, agravado por la acción del agua en la época de lluvia y al efecto de vibración producido por las cargas explosivas utilizadas por el constructor de la vía para realizar las excavaciones sobre la roca existente, las cuales aún no están concluidas.

#### “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

“1. En la vivienda no se observan señales de efectos destructivos producto de la construcción de la vía

“2. En el terreno aledaño a la casa no se observan agrietamientos, asentamientos recientes, ni planos de falla, que puedan ser señal y prever, sin contar con los elementos técnicos necesarios (estudio geológico y de estabilidad de taludes) un deslizamiento inminente y el consecuente riesgo para la vivienda y la vida de las personas que allí habitan.

“3. Se observan deslizamientos en el talud de la vía, producto de la acción del agua en época de lluvia y del efecto de la vibración de las cargas explosivas utilizadas por el constructor de la vía, para las excavaciones en roca. Estos deslizamientos se encuentran a una distancia sobre

terreno entre 27 y 30 metros y distancia vertical de aproximadamente 10 metros, sin que se aprecie, con la presente inspección ocular, la inminencia de que estos deslizamientos alcancen la vivienda.

“4. Es necesario adelantar un estudio geológico y de estabilidad de taludes que determine con mayor precisión el nivel de riesgo real de un deslizamiento que afecte la vivienda.

“5. Se deben estudiar alternativas técnicas de solución de los posibles riesgos de deslizamiento, tales como: darle mayor inclinación a los taludes, construir terrazas, construcción de trinchos y revestimiento vegetal de los taludes o terrazas, construcción de zanjas de coronación revestidas a lo largo del borde superior del talud; alternativas que deberán garantizar la estabilidad del talud, del terreno aledaño a la vivienda y de la vivienda misma, sin incurrir en el elevado y desproporcionado costo de construir un muro de contención de 300 metros de longitud y 8 metros de alto

“6. Se deben estudiar métodos alternos y especializados para adelantar los cortes en roca faltantes, que mitiguen el efecto de vibración sobre el terreno y el riesgo para las personas.”

Los documentos adjuntos son comentados por el abogado de la Gobernación de la siguiente forma: “En dichos documentos se encuentra un registro fotográfico que demuestra que la casa de habitación está en mal estado pero por el estado de dejadez de sus titulares, al igual que da cuenta de la indebida estructura y desnivel que desde luego no es provocado por la obra en cuestión. De la misma manera se observa que la misma se encuentra a 27 mts de distancia.// El informe pericial demuestra que no existe un peligro inminente, que la medida determinada por el despacho no consulta esquemas de solución de manera equilibrada, pues aboca a diseñar un muro que supera los quinientos millones de pesos (más cara la solución que la obra)...”

7. En auto del 3 de mayo de 2004, la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán decidió declarar la nulidad del fallo impugnado, “a fin de que se cite a ASOMAC y se le dé la oportunidad de intervenir en este asunto.” Expresa que si bien la Gobernación había respondido fuera del término establecido por el Juzgado, la contestación fue recibida varios días antes de que se profiriera la sentencia y ello hacía necesario citar a ASOMAC, puesto que era un tercero que podía resultar afectado por el proceso, so pena de

nulidad.

8. El Juez Civil del Circuito de Bolívar ordenó citar a ASOMAC, para que se le diera la oportunidad de intervenir en el proceso.

9. El apoderado de ASOMAC menciona que la Asociación es una entidad de carácter supradepartamental conformada por 32 municipios pertenecientes a los departamentos de Nariño, Huila y Cauca. En relación con la acción de tutela anota que la Asociación suscribió un convenio interadministrativo con la Gobernación del Cauca para el mejoramiento, pavimentación y apertura de la vía La Lupa-Santo Domingo-Variante-Boquerón, el cual contemplaba un plazo inicial de tres meses, que se ha prolongado por 2 años y 8 meses más, incluyendo las suspensiones y modificaciones, hasta la fecha. El proyecto se financia con dineros del Fondo Nacional de Regalías. Desde diciembre de 2003 el convenio se encuentra suspendido, por falta de interventoría, razón por la cual se hallan también suspendidas las obligaciones de las partes.

Menciona que, de acuerdo con un concepto escrito por el ingeniero Germán Polo - que se adjunta a su escrito -, la construcción del muro que recomendara la ingeniera Granados costaría Mil Seiscientos Cinco Millones Cuatrocientos Cinco Mil Setecientos Noventa y Tres pesos (\$1.605.405.793.000), suma muy superior al “costo de un predio de 4 hectáreas, incluido el terreno y la vivienda de Ciento Cincuenta Mil pesos (\$150.000), que es el valor del inmueble de la accionante, la escritura pública N° 028 del 25 de febrero de 1994 de la Notaría Única de Bolívar, Cauca, así lo indica.”

Considera que, con el fin de determinar la responsabilidad de las diferentes entidades en la situación objeto del proceso, es necesario que concurran al mismo la Comisión Nacional de Regalías - que aportó los recursos para la obra -, la Gobernación del Cauca - no en su calidad de contratante, sino como ente encargado de identificar riesgos, evaluar su magnitud y proponer alternativas -, y el municipio de Bolívar - al cual le corresponde prevenir y atender desastres y aforar los recursos para la reubicación de viviendas en zona de alto riesgo.

Finalmente, manifiesta que “ante ninguna de esas entidades mencionadas en el numeral anterior, ni del orden municipal, departamental, nacional, la accionante ha elevado petición para que se tomen soluciones, ni siquiera reclamó a la entidad contratista, tenía otros

recursos, otras instancias diferentes a la acción de tutela que se tramita.” Por lo tanto, solicita no acceder a las pretensiones de la demandante.

10. El Juez Civil del Circuito de Bolívar decidió vincular al proceso al municipio de Bolívar y a la Comisión Nacional de Regalías.

11. El alcalde del municipio de Bolívar expone en su escrito que la ejecución de la vía fue acordada entre el Departamento, como contratante, y ASOMAC, como contratista. Plantea también que en el Convenio Interadministrativo se pactó que el Departamento se obligaba a “[e]xigir a ASOMAC o a su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto convenido” y que, por su parte, ASOMAC se obligó a “suscribir garantía que ampara responsabilidad civil ante terceros”. Por consiguiente, afirma que el Departamento y la Comisión Nacional de Regalías, debieron prever que el desarrollo de las obras podría afectar la vivienda de la actora.

Afirma también que “cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la ejecutara directamente, en este caso el Departamento del Cauca. Que su pago afecta siempre el patrimonio estatal...” Menciona, entonces que, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, “en este caso el Departamento del Cauca se obliga directamente a indemnizar a los terceros los perjuicios que sufran cuando los daños sobrevengan como consecuencia de la actividad contractual, cuando quiera que dicha labor la haya adelantado por intermedio de un contratista.” Por lo tanto, solicita que se exonere al municipio de toda responsabilidad por los hechos que se debaten en el proceso.

Por su parte, el jefe de la Oficina Jurídica de la Comisión Nacional de Regalías - en Liquidación - asevera que la Comisión “no es parte en la relación contractual que lleven a cabo las entidades territoriales beneficiarias de recursos del Fondo Nacional de Regalías, para llevar a cabo la ejecución de los proyectos de inversión, en consecuencia, no está obligada la entidad a responder en casos de desequilibrio económicos y otras circunstancias de orden legal que se llegaren a desprender de dicha contratación.” Manifiesta, entonces, que no existe ninguna razón que justifique la vinculación de la entidad a este proceso.

12. En su nueva decisión de tutela, del 1° de junio de 2004, el Juzgado del Circuito de Bolívar negó la solicitud de tutela, “por no encontrar el Juzgado mínima amenaza inminente.” Afirma que en la inspección judicial “se pudo apreciar que la vivienda y la cocina no mostraban un

peligro inminente para los escasos conocimientos geológicos y topográficos del juzgador, sin embargo en el dictamen pericial, que era la prueba de convicción, se afirmó que la vivienda presentaba un alto riesgo de deslizamiento y con base en ello se tomó la determinación impugnada (sic).” Agrega que los nuevos elementos de juicio aportados al proceso y el informe de inspección técnica arrojan que “la vivienda es antigua y se encuentra en mal estado de conservación. Anota que si bien el costado derecho del predio “se encuentra parcialmente afectado por el deslizamiento del talud de la vía en construcción, sin embargo, a falta del estudio geológico no se aprecian fisuramientos, asentamientos recientes, ni planos de falla que determinen la inminencia de un deslizamiento.” Por lo tanto, concluye que “realmente como lo exige la legislación de esta acción no se presenta un mínimo de evidencia fáctica del daño o menoscabo material”

13. En su sentencia del 22 de julio de 2004, la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Popayán confirmó el fallo impugnado.

En la providencia se expresa que la demandante puede ejercer la acción de reparación directa, ante la jurisdicción contencioso administrativa, o la acción indemnizatoria ante la jurisdicción ordinaria, según la persona o entidad a la que demande. Por eso, la tutela solamente podría proceder como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, como lo señala el informe de inspección técnica, no hay peligro inminente de que la vivienda se derrumbe a causa de la construcción de la vía. Por consiguiente, “no teniendo la Sala elementos de juicio suficientes como para desechar dicho informe, considera que por no ser inminente ese peligro resulta improcedente la tutela solicitada.”

### III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### CONSIDERACIONES y fundamentos

##### Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política.
2. La actora habita en un predio rural, por cuyos linderos corre el trazado de la carretera Boquerón - Bolívar, en el Departamento del Cauca, que se encuentra en construcción.

Expresa que, por causa de la obra, su vivienda y la cocina quedaron ubicadas muy cerca de un barranco de gran altura. Anota que los cortes de tierra realizados y el fuerte invierno han producido deslizamientos en el predio y que, como consecuencia de ello, su familia no pudo volver a utilizar la cocina, al tiempo que la vivienda se encuentra en peligro de derrumbarse. Considera que la construcción de la vía amenaza sus derechos a la vida, a la familia y a la vivienda. Por eso, solicita que se le ordene al Departamento que realice las obras necesarias para detener el deslizamiento del terreno e impedir así el desplome de su casa de habitación. Los juzgados de tutela negaron el amparo solicitado, por cuanto los ingenieros del departamento que practicaron una inspección visual sobre el terreno no llegaron a la conclusión de que existiera un riesgo inminente para la vivienda y los derechos de la actora.

Así, en este proceso la Corte deberá resolver los siguientes interrogantes: puesto que la inspección visual realizada por ingenieros al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Cauca arrojó como resultado que no hay un peligro inminente de deslizamiento del terreno de la actora, ¿debe concluirse que las obras de construcción de la carretera Boquerón – Bolívar no amenazan de ninguna manera los derechos de la actora a la vida, la familia y la vivienda, a pesar de que los ingenieros recomiendan realizar estudios técnicos que brinden certeza sobre la inocuidad de éstas? Y, en caso de que esos trabajos públicos generen peligros para los derechos constitucionales fundamentales de los administrados, ¿qué tipo de órdenes ha de dictar el juez con el objeto de impedir que la amenaza se materialice?

La procedencia de la acción de tutela

3. En su escrito de respuesta a la demanda, el apoderado del Departamento del Cauca manifestó que la acción era improcedente. Expresa que la actora contaba con mecanismos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa y que ella nunca se había puesto en contacto con ASOMAC para que tomara las medidas pertinentes.

No comparte la Sala la apreciación expuesta. La misma actora manifiesta que su demanda estaba dirigida a evitar que su casa se desplomara, y no a obtener la reparación de los daños que se le hubieren causado, pues para ello haría uso de las acciones administrativas. La demanda persigue evitar que la vivienda se derrumbe, con los riesgos que ello generaría

para los derechos de la actora y de sus familiares. Para enfrentar este riesgo no son aptas las acciones ordinarias. Por otra parte, dada la urgencia existente – por el temor de que se deslizara el terreno – no se podía exigir a la actora que adelantara primero conversaciones con ASOMAC y esperara que ésta tomara una decisión sobre su inquietud.

Los efectos de la construcción de la vía sobre el terreno de la actora, y la amenaza de sus derechos

4. La actora manifiesta que su vivienda está en riesgo de derrumbarse por causa de la construcción de la vía Boquerón- Bolívar. En vista de su afirmación, el juez de tutela de primera instancia ordenó realizar una inspección judicial al predio. Allí le solicitó a una ingeniera que determinara si la construcción de la carretera generaba riesgos para la vivienda. En su informe la experta manifestó que, con base en la simple inspección visual, se advertía que la vivienda presentaba un alto riesgo de deslizamiento por causa de los cortes de tierra realizados para la construcción de la vía, dado que estos cortes tenían una gran altura y el talud creado no contaba con la inclinación necesaria. Además, afirmó que la tierra negra sobre la cual se asentaba la vivienda no garantizaba la estabilidad del terreno y que la carretera tenía agrietamientos cerca del borde del talud, lo que permitía deducir la existencia del riesgo de una avalancha.

Con base en el anterior peritazgo, el Juez Civil del Circuito de Bolívar – Cauca concluyó que el derecho de la actora a la vida sí se encontraba amenazado y ordenó la construcción de un muro sobre el barranco para impedir el deslizamiento de tierra o que, en su defecto, se reubicara la vivienda de la actora.

La sentencia fue apelada por la Gobernación del Departamento. Ella anexó dos informes sobre el estado de la vivienda y los peligros de deslizamiento. En el primer informe se manifiesta que en el proceso de construcción de la vía se advirtió la necesidad de reubicar algunas viviendas o indemnizar a sus propietarios por la afectación de sus terrenos, para lo cual se dispuso de un rubro de indemnizaciones. En relación con el predio de la actora sostiene que, a pesar de la altura de los cortes realizados, no se consideró inicialmente que ellos pudieran afectar la estabilidad del predio de la actora. Por eso, afirma que “si ha ocurrido un comportamiento nuevo del talud por alguna causa, esto se debe a una situación no previsible en la obra.” Y en el caso de que así fuera manifiesta que lo más aconsejable

sería reubicar la vivienda, dados los altos costos que implicaría la construcción de un muro.

El segundo informe fue elaborado por ingenieros al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Cauca. Los autores relatan que la vivienda de la actora es antigua, se encuentra en mal estado de conservación y cuenta con malas especificaciones de construcción. Agregan que en la casa de la demandante se advierte la existencia de una fisura, pero que ella no demuestra ser de reciente aparición, lo que significaría que no se originó por la construcción de la carretera, sino por causa del asentamiento del terreno y de las deficiencias técnicas de la edificación. Afirman, no obstante, que el terreno aledaño a la vivienda “se encuentra afectado parcialmente por un deslizamiento del talud de la vía en construcción.” Asegura que para la inspección no se contaba “con un estudio geológico, con el cual se pueda determinar el grado preciso de inestabilidad del terreno aledaño a la vía y de la vivienda misma; sin embargo, no se aprecian fisuramientos, asentamientos recientes, ni planos de falla, que determinen la inminencia de un deslizamiento.” También aseveran que dada la carencia de un estudio geológico no podían determinar si la inclinación del talud era la adecuada. Por lo tanto, en el informe se concluye que los datos que arrojaba la inspección ocular no permitían prever la ocurrencia de un deslizamiento inminente, pero se sugiere “adelantar un estudio geológico y de estabilidad de taludes que determine con mayor precisión el nivel de riesgo real de un deslizamiento que afecte la vivienda.”

Con base en este último informe, el juez de primera instancia decidió negar la tutela solicitada - en su segunda decisión, puesto que la primera sentencia había sido anulada por el Tribunal de Popayán -, dado que no se percibía una amenaza inminente de que la vivienda se derrumbara, con las evidentes consecuencias sobre los derechos de la actora. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal, como juez de tutela de segunda instancia.

5. El experticio rendido por la ingeniera que participó en la inspección judicial realizada por el Juez Civil del Circuito de Bolívar concluye que la vivienda de la actora se encontraba en alto riesgo de deslizamiento debido a las obras de construcción de la carretera. Luego, el informe de los ingenieros al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Cauca determinó que no se observaba un riesgo inminente de derrumbe de la vivienda. Como se observa, los dos informes llegan a una conclusión distinta. De allí se deriva que no se puede aseverar de forma definitiva que la acción o la omisión de las autoridades departamentales hayan producido una amenaza contra los derechos fundamentales de la

demandante.

Por otro lado, en los dos peritazgos aludidos se hace explícitamente la observación de que lo expresado en el concepto respectivo se deriva únicamente de la inspección visual que se pudo realizar. Incluso en el caso del informe de los ingenieros al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Cauca se recomienda la práctica de un estudio geológico y de estabilidad de taludes, con el objeto de poder precisar si existe algún riesgo de deslizamiento del terreno que podría conducir al colapso de la vivienda de la actora. Ello permite deducir que existe un grado importante de incertidumbre acerca de las posibles consecuencias de la construcción de la carretera y el talud en las inmediaciones del predio de la actora, con la correspondiente amenaza sobre los derechos de la actora.

Esta Sala de Revisión considera que el riesgo que se deriva de este margen de duda no tiene por qué ser asumido por la demandante. Si la administración departamental está construyendo una carretera que afecta su terreno, lo mínimo que la actora puede esperar es que se determine si la obra genera un peligro para su vivienda y para sus derechos. Puesto que en los experticios se manifiesta que los resultados de la inspección visual son insuficientes, lo propio es que el departamento – que es la entidad contratante de las obras públicas – practique los análisis que recomiendan los peritos para poder eliminar las dudas acerca de los riesgos que causan las obras.

Por lo tanto, con el objeto de proteger los derechos de la actora a la vida, la familia y la vivienda se ordenará al Gobernador del Departamento del Cauca que, en un plazo de dos (2) meses a partir de la notificación de esta sentencia, disponga la realización, a costa del Departamento, de los estudios técnicamente apropiados en el predio – entre los cuales cabrían un estudio geológico y de estabilidad de taludes o los que se considere pertinentes –, con el objeto de descartar o confirmar si las obras de construcción de la vía han generado un riesgo para los derechos de la actora. Estos estudios deberán ser avalados por la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad del Cauca. Con todo, el gobernador podrá abstenerse de ordenar la realización de los estudios si decide partir de la base de que la construcción de la carretera constituyó una causa del deterioro de la vivienda y que el riesgo de deslizamiento o derrumbe es suficiente para proceder a adoptar una medida eficaz, en los términos que se señalan a continuación para el caso de que los estudios muestren que el riesgo es alto y próximo (caso iii).

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional - e independientemente de su calificación técnica -, los estudios pueden arrojar tres tipos de resultados, a saber: i) que las obras no han generado ningún riesgo para la vivienda, o que el riesgo es casi inexistente, por lo cual puede desdeñarse; ii) que el peligro producido por la construcción es actualmente moderado, pero tiende a agravarse con el paso de los años; y iii) que el riesgo que se deriva actualmente de las obras es alto, por lo cual puede afirmarse que en un plazo próximo puede ocurrir un deslizamiento del terreno y el derrumbe de la vivienda. Precisamente, los expertos que realicen los estudios deberán identificar expresamente las características del riesgo a la luz de estos criterios constitucionales.

Las obligaciones que se derivarían para la administración departamental<sup>2</sup> - en su calidad de contratante de la obra - dependerán del resultado de los estudios. Así, en el primero de los casos - cuando el riesgo no fue causado por las obras o es desdeñable - es claro que la administración departamental no tiene por qué realizar actividad alguna. No sucede lo mismo en los otros dos casos. En ellos, el departamento deberá adelantar las acciones necesarias para impedir que se materialice la vulneración de los derechos de la actora. Así, en el caso de que el peligro sea alto deben tomarse medidas con rapidez, en un plazo que no supere los dos (2) meses siguientes a la culminación de los análisis. Por su parte, en el segundo caso la administración definirá el término junto con la actora, aun cuando éste no podrá superar los seis (6) meses, en el momento de determinar cuál es la mejor solución frente a un riesgo moderado, que fue provocado en parte por las obras.

De otra parte, considera esta Sala de Revisión que si los estudios arrojan como resultado la existencia de un riesgo para la actora y su familia, por causa de la construcción de la carretera, la solución al problema planteado no puede ser impuesta por un tribunal judicial, que no cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir cuál es la mejor alternativa. En estas situaciones el juez debe limitarse a definir si se vulneran o amenazan los derechos del demandante y a darle vía a la búsqueda de la mejor solución del problema concreto - que puede ser la compra del predio, la reubicación de la vivienda, su reparación u otra medida que se considere apropiada -, procurando que participen dentro del proceso las instituciones o personas que posean los conocimientos apropiados para definirla. Además, el juez deberá garantizar que el afectado tenga participación dentro del proceso de decisión y que, en el caso de que no cuente con las condiciones para poder establecer una interlocución significativa con la administración, sea asistido por personas o instituciones que le generen

confianza para la defensa de sus intereses.

Por lo tanto, se ordenará que, si el resultado de los análisis es el de que las obras sí generan un riesgo, el Departamento del Cauca habrá de llegar a un acuerdo con la demandante acerca de la mejor fórmula para neutralizar ese peligro. Dado que las condiciones de la demandante permiten suponer que ella se encuentra en una situación de debilidad para entrar a negociar con la administración departamental y que, por lo tanto, es necesario que ella cuente con una asesoría confiable durante todo este proceso, se instará a la Defensoría del Pueblo, a través del Defensor Regional del Cauca, para que la apoye en el proceso de búsqueda de la solución más adecuada frente al riesgo.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Popayán, el día 22 de julio de 2004, y, en su lugar, CONCEDER la solicitud de amparo impetrada por María Esther Dorado de Sotelo contra el Departamento del Cauca, para proteger sus derechos a la vida, la familia y la vivienda, en conexidad con el primero.

Segundo.- ORDENARLE al Gobernador del Cauca que, en un plazo de dos (2) meses a partir de la notificación de esta sentencia, disponga la realización, a costa del departamento, de los estudios apropiados sobre el predio de la actora - que pueden ser un estudio geológico y de estabilidad de taludes u otros técnicamente adecuados -, con el objeto de descartar o confirmar si las obras de construcción de la vía Boquerón- Bolívar han generado un riesgo de deslizamiento para los terrenos de la actora y amenazan el derrumbe de su vivienda. La Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad del Cauca supervisará la realización de los estudios.

Tercero.- DISPONER que si los estudios ordenados permiten concluir que la construcción de la vía sí amenaza la estabilidad del terreno de la actora y, en consecuencia, puede producir el desplome de su casa de habitación, el Departamento del Cauca deberá tomar las medidas

más adecuadas para neutralizar el peligro, para lo cual procurará llegar a acuerdos con la demandante acerca de la fórmula más indicada para lograrlo. Si el riesgo identificado es alto y próximo, deberán tomarse medidas con rapidez, en un plazo que no supere los dos (2) meses siguientes a la culminación de los estudios. Si el riesgo es moderado con tendencia al deterioro, la administración definirá el término junto con la actora, aun cuando este no podrá ser superior a los seis (6) meses, en el momento de establecer cuál es la mejor solución para enfrentar el peligro.

Quinto. Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Civil del Circuito de Bolívar - Cauca - notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991, para los fines allí establecidos.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Esta cifra fue tachado con lápiz y reemplazada por el número 15.

2 Tal como lo manifiesta el juez de tutela de primera instancia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en afirmar que la administración responde por los daños causados por sus contratistas. A continuación se presentan cuatro ejemplos que confirman este aserto. En la sentencia del día 22 de abril de 2004 de la Sección Tercera, dictada dentro

del proceso radicado con el número 15088, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros, se manifestó: “La ley 80 de 1993 es clara en señalar, en el artículo 3º, que el contratista de la Administración es un colaborador en la consecución de los fines de la contratación estatal, y por lo mismo es tenido como Agente del Estado, en los términos consagrados en el artículo 90 Constitucional. A esta Carta Política de 1991 se debe que el Legislador de 1993 haya dispuesto en el artículo 4º, indirectamente, que el Estado es responsable extracontractualmente por las conductas de su contratista.”

Igualmente, en la sentencia del 13 de febrero de 2003 de la Sección Tercera, dictada dentro del proceso 12654, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros, se expuso: “Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en relación con la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, y es especialmente relevante, al respecto, la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985 -por la cual se decidió el proceso radicado con el No. 4556. En cuanto al régimen de responsabilidad, no cabe duda de que tiene carácter objetivo. Se impone al demandante, entonces, la demostración del daño y de la relación de causalidad existente entre éste y el hecho de la administración, realizado por medio del contratista, en desarrollo de una actividad riesgosa.”

Finalmente, en el auto del 7 de febrero de 2002, dictado por la Sección Tercera dentro del proceso 21496, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Actor: Ana Lucía Parrado Gómez, se aseguró: “Finalmente, la Sala considera pertinente precisar que existe una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado fundada en el incumplimiento de un deber de control y vigilancia respecto de un tercero que, con su actuación, le causa perjuicio a otro, y aquélla que se presenta en los casos mencionados por la parte demandante, en los que se pretende la indemnización del daño causado, presuntamente, por sus contratistas. En efecto, en la medida en que la función o la obra que se les encarga a éstos últimos no deja de ser pública y, por lo tanto, se ejecuta por cuenta del Estado, la jurisprudencia ha entendido que se presenta una ficción legal, que permite considerar que es éste mismo quien actúa. Esto se explica por el hecho de que la contratación de particulares para los efectos indicados obedece, generalmente, a la insuficiencia o incapacidad técnica del personal de las entidades estatales, o a la ausencia de equipo adecuado para llevar a cabo las correspondientes funciones u obras de manera directa.”