

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 110013331036200500349-02
Demandante: PEDRO NEL ORDUÑA QUIROGA Y OTROS
Demandado: INURBE Y OTROS
ACCIÓN POPULAR
Asunto: Decide apelación contra sentencia.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1 de junio de 2010, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

La demanda

Con base en memorial presentado el 2 de marzo de 2005 los señores Pedro Nel Orduña Quiroga, Luis Guillermo Hernández, Ismelda Ramírez Acosta, José Eduardo Montalvo Madrid y Pablo Cerón Gómez, a través de apoderado judicial, interpusieron acción popular contra el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en liquidación, la Caja de la Vivienda Popular y la Constructora Milenio Ltda., en los siguientes términos (Fls. 8 a 12 y 18).

Pidieron la protección de los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio público; a la seguridad y salubridad públicas; a la libre competencia económica; y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Fundamentaron su demanda en los siguientes hechos.

La Urbanización Buenavista Oriental, ubicada en la Calle 31 Sur No. 12 – 25 Este, se encuentra conformada por 240 casas de interés social que fueron adquiridas a la Constructora Milenio Ltda.

El dinero para la adquisición de las viviendas provino de recursos propios de los compradores; del subsidio que les otorgó el Inurbe; y de los créditos hipotecarios que gestionó la Caja de la Vivienda Popular con varias corporaciones de ahorro y vivienda.

Las personas compraron las viviendas porque, por un lado, el Inurbe a través de la Resolución No. 215 de 2000 ordenó la inclusión y publicación del programa “Urbanización Buenavista Oriental” en el módulo de oferta del sistema de subsidio; y, por el otro, la Caja de la Vivienda Popular negoció y obtuvo los préstamos hipotecarios en los que los compradores de las viviendas se subrogaron como deudores.

Las casas mencionadas fueron construidas en las estribaciones de una cordillera, en un terreno de ladera deslizable, con materiales de pésima calidad y sin una cimentación adecuada por lo que empezaron a presentarse hundimientos del terreno, fallas estructurales y agrietamientos.

Tales circunstancias se constituyen en un peligro inminente para las familias que habitan la urbanización, que tiende a agravarse en épocas de invierno.

Varios propietarios de las viviendas han acudido a la Constructora Milenio Ltda., a la Alcaldía Local de San Cristóbal y a la Alcaldía Mayor de Bogotá sin obtener una respuesta favorable a sus reclamaciones.

Sólo recibieron la visita de unos funcionarios del DAMA en la que se pudo constatar que el cerro se está derrumbando sobre las casas; no hay un adecuado muro de contención; desagües inadecuados; desplome de techos, agrietamientos en las paredes, irregularidades en las tomas eléctricas, etc.

Contestaciones de la demanda

La Caja de la Vivienda Popular, a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones (Fls. 40 a 47).

Formuló la excepción de "Inexistencia de la obligación" en atención a que no existe vulneración de los derechos colectivos y la entidad simplemente procuró la financiación o concesión de los créditos hipotecarios a los compradores.

Las viviendas no se encuentran ubicadas en zonas de alto riesgo y el constructor, antes de iniciar la obra, realizó los estudios y tramitó los permisos correspondientes que recibió la entidad para efectos del otorgamiento de los créditos hipotecarios a 45 adjudicatarios.

Se pudo determinar en la visita efectuada por la Caja de la Vivienda Popular y la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias (en adelante la DPAAE) que las dilataciones que presentan unas viviendas no generan riesgos para las familias que las habitan pues no se encuentran comprometidas sus estructuras.

La Constructora Milenio Ltda., a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones (Fls. 66 a 74).

Propuso las excepciones de "Inexistencia de derechos e intereses colectivos amenazados o vulnerados" pues se pretende dar a la acción una apariencia de colectiva cuando lo cierto es que el poder para iniciar la misma sólo lo otorgaron cinco personas y tampoco existe vulneración de los derechos colectivos.

"Cumplimiento en la obra de las disposiciones nacionales y distritales sobre construcciones vivienda de interés social y prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la urbanización buena vista oriental" toda vez que las construcciones se realizaron conforme a los planos aprobados en las respectivas licencias de construcción y urbanismo, tienen sustento en el respectivo estudio de suelos y los materiales utilizados corresponden a los contemplados en el Código de Construcción de Bogotá.

Los inmuebles de la urbanización presentaron fisuras por asentamientos normales y algunos se vieron afectados pero como consecuencia de las construcciones ilegales que hicieron los propietarios sobre los patios las cuales alcanzaron dos y tres pisos.

La constructora ha atendido todas las quejas de los propietarios de las viviendas, ha ejecutado las obras correspondientes y las reparaciones locativas menores. Por tal razón, la Subsecretaría de Vivienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá archivó las investigaciones adelantadas en su contra.

El deslizamiento de la capa vegetal presentado en el año 2001 se atendió siguiendo las instrucciones de la DPAE en el sentido de construir un muro de concreto con el fin de realizar el manejo de las aguas en la parte alta del terreno. Dicho muro no era de contención pues el terreno es suficientemente estable.

La Curadora Urbana No. 4 de Bogotá D.C., vinculada al proceso a través de auto de 23 de febrero de 2009¹, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones (Fls. 484 a 492).

No existe responsabilidad ni nexo causal de la curadora demandada con relación a las licencias de la Urbanización Buenavista II Sector, pues las mismas fueron expedidas por el antiguo curador el doctor Jaime Barrero Fandiño y es él quien debe acudir a la acción para responder por tales actos.

La demanda es inepta pues no se cuestionaron todos y cada uno de los actos que fueron expedidos por el curador aludido y resulta improcedente continuar la acción sin que sea vinculado.

Bogotá D.C. -Alcaldía Local de San Cristóbal, Secretaría Distrital del Hábitat y Secretaría de Gobierno-, vinculada al proceso a través de proveído de 23 de febrero de 2009, mediante apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos (Fls. 696 a 715).

La Secretaría Distrital del Hábitat, Subdirección de Control de Vivienda, ha cumplido con sus funciones de inspección, vigilancia y control en la medida en que conoció y dio trámite a las quejas presentadas en contra de la Constructora Milenio Ltda., por las deficiencias constructivas de los inmuebles de la urbanización Buenavista Oriental las cuales concluyeron con el archivo de las investigaciones debido a que la constructora demostró la reparación de las mismas; además se le han impuesto varias sanciones a la sociedad constructora las cuales están surtiendo la vía gubernativa.

¹ Folios 400 a 402 del expediente.

La Alcaldía Local de San Cristóbal, por su parte, en el año 2004, adelantó 36 actuaciones administrativas por la construcción de los terceros y cuartos pisos de las viviendas de la segunda etapa de la urbanización mencionada de las cuales 5 están pendientes por resolver y las demás fueron archivadas.

La DPAE, desde el año 2001, ha rendido informes en los cuales ha emitido varias recomendaciones al constructor y de los cuales concluyó que no existe ninguna afectación a las estructuras de las viviendas ni de las vías de acceso que comprometan su estabilidad, habitabilidad y funcionalidad ni la existencia de procesos de remoción de masas.

La problemática del sector se presenta en propiedades privadas, lote del costado sur de los señores Héctor y Jaime Huartos, donde existe evidencia de explotación minera y falta de mantenimiento de los taludes; además, el urbanizador realizó cortes a los taludes sin prever un manejo adecuado de las aguas lluvias.

La demandada propuso, también, las siguientes excepciones.

“Inexistencia de un perjuicio por falta de nexo causal” ya que no existe un daño económico a los derechos colectivos y Bogotá D.C. nada tiene que ver con la resolución de los contratos de compraventa que pretende la parte actora.

“Falta de legitimación en la causa por la vía pasiva y ausencia de responsabilidad de Bogotá, D.C.” pues los presuntos daños en la urbanización, los cuales no están demostrados, se generan por la falta de diligencia e incumplimiento de las obligaciones de la actividad de construcción por parte de la sociedad constructora.

“Falta de legitimación en la causa por la vía activa” en atención a que quienes ejercen la acción no acreditan la calidad de propietarios que dicen tener.

“Caducidad de la acción” porque los hechos ocurrieron desde que se adquirieron las viviendas y solo en el 2009 se interpuso la acción popular, por lo que ha operado la caducidad de que trata del artículo 11 de la Ley 472 de 1998.

“Falta de jurisdicción y falta de competencia – improcedencia de la acción popular” ya que con la acción popular se pretende ventilar una controversia de carácter particular la cual debe plantearse ante la jurisdicción ordinaria.

“Daño causado por el hecho exclusivo de un tercero” pues los presuntos daños reclamados son causados por la Constructora Milenio Ltda.

“Indebida acumulación de pretensiones” porque las pretensiones de resolución de los contratos de compraventa y la cancelación de las subrogaciones de pago de las hipotecas, que gravan los inmuebles, son excluyentes.

“Innominada” para que se declare, de oficio, probado cualquier hecho que constituya excepción.

El Inurbe, en liquidación, contestó extemporáneamente la demanda (Fls. 78 a 83).

Audiencia de pacto de cumplimiento

Mediante auto de 16 de mayo de 2005 el Magistrado a quien para ese entonces correspondió la sustanciación del proceso en primera instancia citó a las partes y al Agente del Ministerio Público a la

audiencia especial prevista en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 (Fls. 89 a 90).

La audiencia se celebró el 20 de junio de 2005 pero se declaró fallida por la inasistencia de la parte actora y de su apoderado judicial (Fl. 103).

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 1 de junio de 2010, amparó los derechos e intereses colectivos previstos en los literales g) y m) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 y emitió las siguientes órdenes (Fls. 719 a 765).

A la Constructora Milenio Ltda. que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, iniciara la ejecución de las recomendaciones señaladas en la misma y en los dictámenes periciales que reposan en el expediente; y las obras necesarias (incluido el levantamiento de un muro de contención) para evitar los daños por el talud de tierra ubicado en el costado Sur de la Urbanización Buenavista Oriental II Sector, Etapa 1.

A la Curaduría No. 4 de Bogotá que ejerza la vigilancia para el cumplimiento de las acciones mencionadas anteriormente para que sean ejecutadas de acuerdo con las normas vigentes y otorgue las licencias correspondientes previos los estudios técnicos que garanticen los derechos colectivos amparados.

A Bogotá D.C. para que, a través de las entidades correspondientes, vigile y controle las obras ordenadas en la sentencia; dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia adelante las gestiones para que se ejecuten las obras señaladas; determine la procedencia de la reubicación de las viviendas de la Urbanización

Buenavista Oriental II Sector, Etapa I; si es del caso, ejecute dicha reubicación dando prioridad a las que se estén en riesgo de deslizamiento; recupere el terreno ocupado; y disponga las medidas para que los pobladores sean reubicados.

Reconoció a la parte actora un incentivo de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes distribuidos así: Constructora Milenio Ltda. (10 salarios); Distrito Capital (5 salarios); y la Curaduría Urbana No. 4 de Bogotá (5 salarios).

Conformó el Comité de seguimiento para el cumplimiento de la sentencia.

Exoneró de responsabilidad a la Caja de la Vivienda Popular y al Inurbe en liquidación.

Declaró no probada la objeción por error grave del dictamen pericial.

Las consideraciones que tuvo en cuenta la jueza a quo para proceder en el sentido indicado fueron las siguientes.

No prospera la objeción propuesta por la Constructora Milenio Ltda. contra el dictamen de 3 de julio de 2007, pues no se advierte la configuración de un error grave sino la existencia de algunas imprecisiones en el mismo y de puntos de vista distintos de los peritos.

Del dictamen objetado, del rendido para probar la objeción y del concepto de la Universidad Nacional se concluye que las viviendas de la Urbanización Buenavista Oriental II Sector presentan deficiencias en cuanto a dilataciones o filtraciones y que las causas de dichas deficiencias no son sólo producto de las modificaciones realizadas por algunos propietarios a sus viviendas sino, también, del hecho de que

el predio fue construido en un área de ladera y con deficiencias en la elaboración de rellenos para la cimentación.

La Constructora Milenio Ltda. vulneró el derecho colectivo previsto en el literal m) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 por cuanto no hizo los estudios suficientes en forma previa a la construcción sobre las características especiales del terreno en el que se levantó la urbanización; aunque la sociedad corrigió, en su momento, las falencias reportadas en los informes técnicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. los daños siguieron presentándose y se consideran asociados a deficiencias en la etapa de cimentación.

También se advierte la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas en la medida en que existen indicios del peligro en el que se encuentran los habitantes de la Primera Etapa de la Urbanización Buenavista Oriental por la inminente caída de las edificaciones asociadas a las condiciones del terreno en el que están ubicadas.

Quedó demostrado que durante la construcción del proyecto urbanístico no hubo intervención alguna de la autoridad distrital, pese a que se trataba de un proyecto de vivienda de interés social y que al Distrito Capital le correspondía controlar y vigilar el cumplimiento de la licencia de construcción.

El talud ubicado en el costado Sur de la Urbanización es espacio público y el Distrito tiene responsabilidad en la protección de los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas.

No se consideran vulnerados los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica por cuanto los hechos materia de la acción no recaen sobre el patrimonio

económico de las entidades distritales y tampoco está demostrada la afectación a los derechos de los consumidores.

El Inurbe no es responsable de la vulneración de los derechos e intereses colectivos porque su actuación sólo se limitó al otorgamiento y administración de los subsidios de vivienda.

La Caja de la Vivienda Popular tampoco es responsable ya que su actividad se circunscribió a tramitar créditos hipotecarios para facilitar la compra de las viviendas y sus funciones no se relacionan con las órdenes de protección de los derechos colectivos.

Los recursos de apelación

Bogotá D.C., a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior (Fls. 920 c.1. y 45 a 51c.9.).

La Constructora Milenio Ltda. interpuso recurso de apelación adhesivo contra la misma providencia (Fl. 923 c.1.).

Actuación procesal surtida en la segunda instancia

Por auto de 6 de agosto de 2010 se aceptó la renuncia al poder presentada por la apoderada de Bogotá D.C. (Fls. 5 a 6 c.9.).

Mediante autos de 6 de octubre de 2010 y 19 de noviembre del mismo año se requirió a Bogotá D.C. para que constituyera un apoderado que defendiera los intereses de dicha entidad en el proceso (Fls. 10 a 11 y 14 a 16 c.9.).

En proveído de 31 de enero de 2011 se corrió traslado para sustentar el recurso de apelación y se reconoció personería un abogado (Fls. 43 a 44 c.9.).

Mediante auto de 11 de febrero de 2011 se admitieron los recursos de apelación principal y adhesivo; no se tuvieron como pruebas unos documentos; y se reconoció personería un abogado (Fls. 84 a 88 c.9.).

En auto de 15 de abril de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (Fl. 90 c.9.).

Alegatos de conclusión

Dentro del término previsto en el auto anterior el Inurbe, en liquidación, presentó sus alegatos de conclusión (Fls. 92 a 96 c.9.).

Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Quinta Judicial Administrativa emitió su concepto (Fls. 97 a 129 c.9.).

Pidió que se modifique la sentencia apelada en el sentido de exonerar de responsabilidad a Bogotá D.C., al Inurbe, a la Caja de la Vivienda Popular y a la Curaduría Urbana No. 4 porque actuaron conforme a la normatividad correspondiente.

Solicitó mantener la condena a cargo de la sociedad constructora por ser la causante directa de la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública, al patrimonio público (pues las viviendas se financiaron con recursos provenientes de subsidios) y a la seguridad pública.

El incentivo concedido antes de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010 debe mantenerse porque la norma que lo derogó era sustancial y el derecho en este caso se consolidó con la conducta

desplegada por el actor al ejercer la acción y atender con diligencia el proceso.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico

Consiste en determinar si hay lugar a revocar la sentencia del juez a quo, es decir, corresponde determinar si en el presente caso las apelantes vulneraron los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

El recurso de apelación interpuesto por Bogotá D.C.

Argumentos de la recurrente

La sentencia recurrida debe revocarse en cuanto hace a la responsabilidad de Bogotá D.C. y al pago del incentivo de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes que se le impuso, pues la entidad aludida y sus dependencias no vulneraron los derechos colectivos amparados en dicha providencia ya que adelantaron las actuaciones a que había lugar.

Además la parte actora no asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento.

La responsabilidad, en el presente caso, es exclusiva del constructor a quien le correspondía ejecutar las obras y realizar las de cimentación para el tipo de terreno en el que se construyó la urbanización.

La orden impuesta en el numeral 5.1.1. es incoherente con lo recomendado en los dictámenes que van dirigidos al constructor responsable.

No existe fundamento probatorio para imponer la orden aludida a Bogotá D.C.; los dineros públicos no pueden utilizarse para hacer intervenciones en espacio privados; la entidad mencionada no puede ser interventora o supervisora de las obras pues ello escapa a sus competencias; y la competencia de las alcaldías locales se limita a verificar el cumplimiento de las licencias en lo que se refiere a los usos del suelo pero no a las especificaciones técnicas.

La orden dada en el numeral 6 de la providencia aludida es incongruente con lo dicho en algunos apartes de la misma sentencia y con los dictámenes y el estudio de la Universidad Nacional que llevan a concluir que no es necesaria la reubicación de las personas que habitan en la urbanización.

De acuerdo con las consideraciones del juez al estudiar las excepciones se advierte que la decisión se dirigía a declarar probados los medios exceptivos o algunos de ellos; sin embargo en la parte resolutive olvidó pronunciarse sobre los mismos pese a que algunos se encuentran probados, particularmente, el de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Debe declararse probada, también, la excepción de acción indebida y la de caducidad de la acción porque lo que en el fondo pretenden los demandantes es una indemnización de perjuicios y entre la adquisición y entrega de las unidades de vivienda a la fecha en que se interpuso la acción transcurrieron 5 años, es decir, se configuró la caducidad de dos años prevista en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 472 de 1998.

Análisis de la Sala

Antes de estudiar las excepciones de falta de legitimación en la causa, acción indebida y caducidad de la acción es del caso advertir lo siguiente.

En la parte motiva de la sentencia la jueza a quo desestimó las excepciones propuestas por Bogotá D.C., pero omitió declararlas no probadas en la parte resolutive.

Si bien en la página 44 de la providencia apelada se hizo una consideración en el sentido de que estaba demostrada la vulneración de los derechos colectivos sin que fuera necesario el análisis de las demás excepciones por encontrar demostrados hechos que llevaban a denegar las pretensiones de la demanda, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, no por ello puede afirmarse que la jueza a quo pretendía declarar probadas las excepciones y negar las pretensiones de la demanda.

La consideración de la jueza de primera instancia pese a que es incoherente no permite inferir lo afirmado por Bogotá D.C. en el sentido de que la decisión se dirigía a declarar probados los medios exceptivos o algunos de ellos y a negar las pretensiones de la demanda, pues lo cierto es que las excepciones propuestas se desestimaron en la parte motiva de la sentencia sino que se omitió declararlas no probadas en la resolutive.

La omisión anotada se corregirá con la presente sentencia, pero antes deberán estudiarse las excepciones que fueron reiteradas por Bogotá D.C. en el recurso de alzada, aspecto que pasará a analizar la Sala.

La entidad mencionada estima que la jueza a quo debió de haber declarado probada la excepción de falta de legitimación en la causa

por pasiva por cuanto no es sujeto de la relación sustancial; todas las recomendaciones de los peritos se dirigen a la sociedad Constructora Milenio Ltda.; y no existe norma que le fije funciones de interventoría o supervisión respecto de constructores, por tratarse de una profesión liberal.

La jueza a quo desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada, en primera instancia, por Bogotá D.C. pues consideró que a dicha entidad le correspondía vigilar el cumplimiento de la licencia de construcción por parte del urbanizador; las acciones desplegadas por algunas de sus entidades no fueron suficientes para proteger los derechos colectivos; y, en todo caso, debía estar al tanto del cumplimiento de todas las actividades que se ordenarían en la sentencia.

La Sala confirmará la excepción anterior por las siguientes razones.

En la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, como lo ha señalado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se analiza si existe una relación real entre el demandado con los hechos materia de la acción y no lo relativo a la responsabilidad sobre la vulneración en los derechos colectivos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 la demanda debe dirigirse contra la autoridad o el particular cuya conducta activa u omisiva amenaza o causa agravio a los derechos colectivos, por lo tanto en la demanda debe indicarse con claridad quiénes son esas personas o autoridades.

Ahora bien, la indicación en la demanda de los presuntos responsables de la amenaza o vulneración que se aduce, no implica *per se* la existencia de responsabilidad pues ello es objeto de prueba que se analiza en la sentencia; de manera que la legitimación por pasiva no depende de la demostración de responsabilidad, sino que se entiende **a partir de la imputación** o relación que existe entre el demandado y los hechos o conductas referidos en una demanda o entre aquél y su participación real en la causa de tales hechos y conductas. Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado:

“La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La **legitimación de hecho** es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir **es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado**; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la **legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda**, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.”^{2, 3}

La Sala advierte que en el presente caso Bogotá D.C. sí se encuentra legitimada en la causa por pasiva toda vez que tiene funciones con relación a los hechos materia de la acción relativas a la vigilancia y control de las obras para asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas; el conocimiento de procesos por violación de las normas sobre construcción de obras; de inspección, vigilancia y control de las personas que realizan actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda; la coordinación de acciones de prevención y atención de emergencias; y la responsabilidad de adelantar estudios y diseños para tal efecto.

Lo anterior de conformidad con las siguientes normas.

Decreto 1421 de 1993 “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, expedido por el Presidente de la República, según el cual corresponde a los alcaldes locales vigilar y controlar la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2005, dictada en el expediente N°15.648. M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2006, Exp. No. 2003- 01273, M.P. doctora Martha Sofía Sanz Tobón (q.e.p.d.).

construcción de obras por parte de las autoridades distritales o de personas particulares:

“ARTICULO 86. ATRIBUCIONES. Corresponde a los alcaldes locales:

9. Conocer de los procesos relacionados con violación de las normas sobre construcción de obras y urbanismo e imponer las sanciones correspondientes. El Concejo Distrital podrá señalar de manera general los casos en que son apelables las decisiones que se dicten con base en esta atribución y, ante quién.”

11. Vigilar y controlar la prestación de servicios, la construcción de obras y el ejercicio de funciones públicas por parte de las autoridades distritales o de personas particulares.”.

Decreto 1052 de 1998, artículo 83, expedido por el Presidente de la República, vigente para cuando se construyó la Urbanización Buenavista Oriental, según el cual corresponde a los alcaldes distritales, en forma directa o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento territorial:

“Artículo 83. Control.

En desarrollo del artículo 61 del Decreto 2150 de 1995, corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses de la sociedad en general y los intereses colectivos.
(...)”.

Decreto 121 de 2008 de 18 de abril de 2008 “Por medio del cual se modifica la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital del Hábitat”, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., que fija a la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda la función de inspeccionar, vigilar y controlar a las personas naturales y

jurídicas que desarrollen actividades de anuncio, captación de recursos, enajenación y arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda con el fin de asegurar el derecho a una vivienda digna:

“ARTÍCULO 20°. SUBSECRETARÍA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE VIVIENDA: Son funciones de la Subsecretaría Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda, las siguientes:

(...)

b. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades de anuncio, captación de recursos, enajenación y arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda con el objeto de prevenir, mantener o preservar el derecho a la vivienda digna, al patrimonio y al orden público, en los términos de la Ley y los reglamentos.”.

Acuerdo 11 de 17 de noviembre de 1987 “por el cual se crea el Fondo para la Prevención y Atención de Emergencias en el Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Concejo de Bogotá D.E, artículo 3, según el cual corresponde a la Oficina Coordinadora para la Prevención y Atención de Emergencias adelantar los estudios y diseños para la atención de emergencias:

“Artículo 3°- Créase como dependencia directa de la Alcaldía Mayor la Oficina Coordinadora para la Prevención y Atención de Emergencias con las siguientes funciones:

a. Coordinar todas las acciones de Prevención y Atención de Emergencias en desarrollo de los objetivos establecidos en el Artículo 1 del presente Acuerdo.

(...)

d. Adelantar los estudios y diseños respectivos para la Atención de Emergencias, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías y las experiencias en la prevención de riesgos.

(...)

h. Motivar y convocar al sector privado a que se vincule a los programas de Prevención y Atención de Emergencias.”

Por las razones expuestas no prospera la excepción aludida pues resulta claro que Bogotá, D.C., a través de distintas dependencias, tiene el deber de vigilar la construcción de edificaciones conforme a

las disposiciones aplicables así como la de realizar los estudios para la prevención de emergencias, aspectos que se debaten como presupuestos de la responsabilidad de las entidades del sector central del Distrito.

Excepción de acción indebida

Bogotá D.C. propone esta excepción pues estima que lo que se busca a través de la acción popular es la indemnización de perjuicios ocasionados por la Constructora Milenio Ltda.

Dicha indemnización, según la recurrente, consistiría en que se realicen las obras de contención de las viviendas y la urbanización en general, el pago de daños y perjuicios y hacer efectiva la póliza de cumplimiento, todo lo cual es propio de una acción de reparación directa o de grupo.

La Sala desestimaré la excepción mencionada en atención a que la misma no fue planteada en la contestación de la demanda de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 472 de 1998:

“ARTICULO 23. EXCEPCIONES. En la contestación de la demanda sólo podrá <sic> proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia.

En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma.” (Destacado por la Sala).

Cabe mencionar, en gracia de discusión, que si se aceptara la posibilidad de su estudio tampoco habría lugar a que prosperara la excepción de que se trata porque la acción popular es principal y a través de ella los actores pueden buscar la protección de los derechos colectivos, es decir, no se encuentra supeditada, como parece

plantearlo la entidad accionada, a la existencia de acciones principales sobre la materia.

Además resulta claro, en los términos de la sentencia de primera instancia, que lo que ésta dispuso fueron medidas necesarias para la protección de los derechos colectivos y no la percepción de una indemnización por los daños ocasionados a los propietarios, cosa distinta es que estos se vean beneficiados con las medidas adoptadas por la jueza a quo, pero ello es justamente lo que se busca con la protección de los derechos colectivos concernidos.

No prospera la excepción.

La excepción de caducidad de la acción

La apelante sostiene que se configuró la caducidad de la acción ya que desde la fecha en que se adquirieron y entregaron las viviendas a la fecha en que se interpuso la demanda se superó el término de caducidad de dos años previsto en la Ley 472 de 1998 y en el Código Contencioso Administrativo.

La Jueza a quo, en la sentencia de primera instancia, desestimó la excepción mencionada bajo el argumento de que no existe término de caducidad para interponer la acción popular porque, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, ésta puede promoverse durante el término que subsista la amenaza o peligro a los derechos e intereses colectivos.

La Sala no accederá a declarar probada la excepción de que se trata pues la Ley 472 de 1998 (artículo 11) no señala un término de caducidad para su ejercicio y la misma puede interponerse siempre que exista amenaza o vulneración de los derechos colectivos:

“ARTICULO 11. CADUCIDAD. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.”.

En tal sentido, esto es, por cuanto para la fecha de interposición de la acción popular subsistía la amenaza o peligro a los derechos e intereses colectivos no es procedente declarar la excepción de caducidad de la acción.

No prospera la excepción.

A continuación se ocupará la Sala de determinar si Bogotá D.C. vulneró los derechos colectivos amparados en la sentencia de primera instancia y si hay lugar a confirmar o a revocar las órdenes que le impuso la jueza a quo en el numeral sexto de dicha providencia.

El actor, en la demanda, consideró vulnerados los derechos e intereses colectivos porque las viviendas de la Urbanización Buenavista Oriental fueron construidas en las estribaciones de una cordillera, en un terreno deslizante, con pésimos materiales de calidad, sin una cimentación adecuada y que dicha circunstancia es la causante de que se hayan presentado hundimientos, fallas en las estructuras y agrietamientos.

La jueza de primera instancia estimó que Bogotá D.C., había vulnerado los derechos e intereses colectivos debido a que no vigiló el cumplimiento de la licencia de construcción por parte del urbanizador y que las actuaciones que desplegó no resultaron suficientes para prevenir la vulneración de los derechos e intereses colectivos.

En el expediente se encuentra demostrado lo siguiente.

La Universidad Nacional de Colombia, en virtud del Contrato Interadministrativo No. 0177 de 26 de diciembre de 2005 celebrado

con la Caja de la Vivienda Popular, realizó un diagnóstico geotécnico de la Urbanización Buenavista Oriental Etapa III en julio de 2006 para determinar las posibles causas de los problemas geotécnicos y estructurales de algunas viviendas de la urbanización mencionada; en dicho estudio se señaló lo siguiente:

"Se debe mencionar que buena parte de los problemas evidenciados requeriría independizar las posibles causas, (...):

- Unas estarían asociadas a la etapa de concepción y diseño de la urbanización, dado que su implantación en una zona de ladera requiere en general de un estudio más detallado del que implica la construcción en zona plana y un análisis preliminar porque esta característica incidirá en el comportamiento general del proyecto, especialmente cuando se requiere la construcción de rellenos de gran espesor para efectos de conformar las terrazas sobre las que se levantarían las edificaciones, además de la presencia de aguas de escorrentía e infiltración que empiezan a actuar en forma desfavorable sobre los elementos de las construcciones en contacto con el suelo de fundación.

- Otras están asociadas a la etapa de construcción de las casas (como las mencionadas anteriormente relacionadas con problemas estructurales) mientras que,

- Otras estarían asociadas a la etapa de habitación de las casas, durante la cual se debería igualmente diferenciar entre prohibiciones explícitas como las remodelaciones internas o externas que implican afectaciones a la estructura de las casas, que en la mayoría de los casos y dados los procedimientos constructivos inapropiados que se hacen evidentes al momento de levantar la información en los predios, resultaron en causas o agentes intervinientes que contribuyeron al deterioro de las unidades, y, compromisos igualmente explícitos o tácitos que le correspondería atender a los propietarios de las viviendas (entre ellos el mantenimiento general de las edificaciones y otros) y que a la fecha del presente estudio algunos de ellos no los han acometido.

Se puede concluir que en esencia fue una suma de factores incidentes lo que conllevó a los daños actuales y por ende las conclusiones y recomendaciones generales se orientan a acciones concretas pero a la vez amplias (...).

CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMEDACIONES

"(...) adelantar las gestiones del caso que conlleven al diseño y construcción de las obras de control de aguas de infiltración y escorrentía superficial y subsuperficial, especialmente en las partes altas de la ladera y en todo el relleno en general (...).

"(...) mejorar las condiciones de vulnerabilidad de las estructuras, realizando las gestiones del caso que conlleven al diseño y construcción de elementos de amarre y confinamiento, que optimicen el trabajo de elementos no estructurales, independiente que estos

pertenezcan a la estructura original o aquellos que fueron construidos con o sin el consentimiento de la CVP por parte de los propietarios: igualmente la reconstrucción de las losas de contrapiso, deslizándolas de las vigas de cimentación y previa recompactación de los materiales de relleno.

(...) la concientización de la comunidad de la Urbanización respecto de la importancia de terminar las casas, así como la imperante necesidad de someter las ampliaciones o remodelaciones a las normas que regulan la materia, esto es la obtención de licencias y la intervención de la participación de profesionales de ingeniería competentes en dicho asunto." (Fls. 264 a 275).

En el auto de pruebas de 7 de julio de 2005, se decretó una prueba pericial sobre las viviendas de la Urbanización Buenavista II Sector y/o Buenavista Oriental de Bogotá D.C. con el fin de determinar las condiciones y materiales de la construcción; el estado actual de las mismas; si existe un daño en ellas que genere un riesgo inminente para los habitantes; y las recomendaciones a que hubiere lugar (Fl. 110).

La auxiliar de la justicia Graciela Torres Foliaco, el 3 de julio de 2007, presentó un dictamen pericial, que fue aclarado y objetado, en el que se llegó a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

"(...)

Los análisis geotécnicos y estructurales y el deterioro que presentan los elementos que conforman las edificaciones como son: muros estructurales, los muros sencillos, las vigas, columnas y placas y peldaños de escaleras nos llevan a concluir que hubo una ejecución inadecuada de los rellenos de nivelación con materiales inadecuados y mala compactación de ellos, por lo tanto, no cumplieron las normas previstas en los diseños.

(...)

Las excavaciones para la construcción de las terrazas de la cimentación de las viviendas y las zonas comunes no fueron manejadas racionalmente, teniendo en cuenta el retiro y reemplazo de materiales desechables por los recibos especificados y además fueron manejados en ausencia total o parcial de sistemas de drenajes.

Ya durante el tiempo de construcción se presentaron problemas de deslizamientos de lodo proveniente del talud que no se había estabilizado antes de iniciar las obras ni aún cuando fueron habitadas las casas.

Dichos taludes parcialmente empradizados y soportados por un muro de 1.20 de alto, sigue siendo una causa de percances pues no está totalmente defendido de escorrentías y las obras de drenaje y el mismo muro durante el lapso de tiempo de la construcción hasta hoy, presentan remiendos visibles en sus estructuras.

Se observan fisuras y separación entre las estructuras de las casas a tal punto que traspasa la luz entre ellas; (...).

(...)

Los posibles daños en otras viviendas están latentes pues este "sistema de corrección" de daños, nos lleva a la conclusión de que las fallas provienen de materiales inadecuados o sistemas de construcción deficientes, que no cumplieron las especificaciones y normas técnicas para llegar a la estabilidad y compactación idónea en los núcleos de cimentación, donde iban a sostenerse las placas reforzadas de la estructura.

(...)

Casi todas las viviendas presentan humedades en sus muros de cerramiento, en la zona de los patios, lo que también demuestra defectos en sus drenajes que inciden en el daño de las cimentaciones.

(...).

No se presenta desde el punto geomorfológico que haya suficiente evidencia de posibles procesos de remoción de masa, ya que la ladera presenta estabilidad general.

(...)

"En cuanto al riesgo asociado a posibles deslizamientos por erosión depende de las medidas generales que se tomen para controlar los sistemas de drenaje que en su defecto producirían erosión interna."

"Sería conveniente revisar, rediseñar y construir obras de control de aguas de infiltración y escorrentía superficial y subsuperficial, en las partes de la ladera y en todo el relleno en general, especialmente en zonas comunes como la del muro de contención existente, así como en los patios de las casas para garantizarla estabilidad del subsuelo en contorno a las edificaciones.

En el relleno existente en las terrazas, es de difícil solución su reparación y mejoramiento y debieran buscarse soluciones puntuales al presentarse cada situación aisladamente.

Se deberán revisar y mejorar las condiciones de las estructuras con elementos de amarre y confinamiento, que optimicen el trabajo de los elementos no estructurales.

Las losas del contrapiso se deberán reconstruir, recompactando el material de relleno y separándolas de las vigas de cimentación." (Fls. 9 a 14 c.4.).

En atención a que el dictamen anterior fue objetado por error grave por la Constructora Milenio Ltda., se decretó un nuevo dictamen que fue rendido por el auxiliar de la justicia Jairo Enrique Rubiano Rodero en el que se mencionan las siguientes conclusiones:

“Las fotografías No. 5 y 6 muestran el estado actual del talud y del muro de cerramiento. Efectivamente el cerramiento con su muro de 1.20 mts de altura no opera como muro de contención; por lo cual el contratista, ante la reiterada queja de los vecinos y luego de los desprendimientos de material que se testimoniaron en los medios de comunicación social, procedió a aplanar el ángulo natural del talud, y cubrir la sección del talud que presuntamente mostrara amenazas de desprendimientos y deslizamientos.

El muro no ha cedido, desde que se culminó la construcción de los asentamientos y siguiendo instrucciones técnicas de los distintos concedores del tema se empradizó el talud por sectores. La hipotética amenaza de inestabilidad se contrarrestó mediante la disminución del ángulo natural del talud o aplanamiento. El “murito de base” y la malla de alambre no cumplen un papel de muro de contención sino, a ojos vista, de muros de cerramiento aun cuando tenga ductos de filtración.

(...)

H. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

1. Como conclusión final, desde el punto de vista geomorfológico, la zona bajo análisis no reviste características de inestabilidad o riesgos de deslizamientos y volcamientos.
2. Los diseños y la construcción se hicieron en las unidades habitacionales, en concordancia con el Código Nacional Sismoresistente, Norma SR – 98. En tal virtud, en condiciones normales de fenomenología estructural, no hay amenaza grave sobre las construcciones a menos de que se presente un fenómeno que supere las expectativas previstas en el diseño (...).
3. (...).
4. En problemas recientes en unidades habitacionales no sometidas a sobre construcciones y cuyo daño fundamente se debe a la calidad no certificable de los materiales de construcción o a técnicas inadecuadas seguidas durante el proceso constructivo, la constructora debe darles solución de continuidad, como efectivamente ya lo ha hecho en otras ocasiones. Debe buscarse que los arreglos no sean de tipo cosmético sino que se de una solución integral a problemas de humedades, desagües inadecuados, fisuraciones, si los hay.
5. Respecto a otras patologías encontradas durante el desarrollo de la presente experticia, el dictamen se remite a lo consignado en el acápite respectivo – (Véase G-5 “otras patologías para la sintomatología existente). Se recomienda que la constructora asuma las recomendaciones allí consignadas.

"5. Otras patologías para la sintomatología existente. Además de las hipótesis ya analizadas, relacionadas con la interacción suelo – estructura el diagnóstico de la Universidad Nacional nos deja entrever otras patologías, a saber, ausencia de sistemas de drenaje en áreas aledañas, calidad de materiales de construcción, amarre inadecuado de los elementos de cubierta, poca garantía de estabilidad de los muros no estructurales.

Puede añadirse por investigación directa:

(...)"

De los dictámenes mencionados la Sala advierte que existen fallas en las viviendas de la Urbanización Buenavista Oriental posiblemente asociadas a técnicas no adecuadas en el proceso de cimentación y de construcción de la misma que han afectado la seguridad y salubridad de los habitantes del mismo y el derecho colectivo previsto en el literal m) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

En cuanto hace a la responsabilidad de Bogotá D.C., en el caso concreto, la Sala estima ésta vulneró los derechos e intereses colectivos amparados por la jueza a quo porque durante la etapa de construcción de las viviendas no ejerció ningún tipo de vigilancia ni control a través de la Alcaldía Local de San Cristóbal y las medidas que ha adoptado no han sido eficientes para la protección de los derechos colectivos.

Bogotá D.C.- Alcaldía Local de San Cristóbal, Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital del Hábitat-, como se dijo en los antecedentes de esta providencia, fue vinculada al proceso mediante auto de 23 de febrero de 2009 y la demanda le fue notificada el 13 de marzo del mismo año (Fls. 400 a 402 y 406 a 408).

A la DPAE la demanda le fue notificada el 12 de marzo de 2009 (Fls. 405).

En el acervo probatorio que reposa en el expediente se encuentra demostrado que Bogotá D.C., a través de sus respectivas entidades, adelantó las siguientes actuaciones.

Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Departamento Administrativo del Medio Ambiente y Secretaría Distrital del Hábitat

El 11 de junio de 2003 el Subsecretario de Control de Vivienda de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., mediante Resolución No. 246, cerró la investigación administrativa adelantada en contra de la Constructora Milenio Ltda., iniciada con ocasión de una queja presentada por unos copropietarios de la Urbanización Buena Vista Oriental, Primera Etapa, relativas a humedades, otras irregularidades y la presencia de un talud de tierra, pues tuvo por realizadas las obras requeridas al constructor en la medida en que los querellados no se pronunciaron sobre las mismas, previa solicitud de información por parte de la entidad (Fls. 280 a 284).

El 15 de mayo de 2006 el Subdirector de Vivienda del Departamento Administrativo del Medio Ambiente, DAMA, mediante la Resolución No. 496, cerró la investigación administrativa adelantada en contra de la Constructora Milenio Ltda., iniciada con ocasión de una queja presentada por el actor popular por las irregularidades presentadas en materiales de construcción, mano de obra, agrietamientos y fisuras en los muros, deterioro de techos y pisos, cabeceo del muro de contención en atención a que la constructora demostró que efectuó las obras y el querellado, previo requerimiento, no se pronunció sobre las mismas (Fls. 285 a 288).

El 6 de octubre de 2008 el Subdirector de Investigaciones y Control de Vivienda (e) de la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat profirió la Resolución No.

478 a través de la cual sancionó a la Constructora Milenio Ltda. con una multa de \$37.789.560 y dispuso que dentro de los 180 días a partir de la ejecutoria de dicho acto le diera solución a las deficiencias constructivas de la Urbanización Buenavista Oriental dentro de las que se encuentran: deficiencias en la inestabilidad del talud, insuficiente dimensionamiento del muro de contención, fisuras y grietas, dilataciones en los muros de los patios, fisuras de placa piso y contra piso, fisuras en muros de fachada, etc (Fls. 600 a 624).

El 29 de octubre de 2008 el Subdirector de Investigaciones y Control de Vivienda de la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría del Hábitat, profirió la Resolución No. 514 por la cual impuso una sanción a la Constructora Milenio Ltda. de \$4'251.325 por cuanto no reparó unas deficiencias constructivas en el inmueble del señor Julio César Moreno Vargas (Fls. 625 a 633).

Dirección de Prevención y Atención de Emergencias, DPAE

Conforme se desprende del Oficio No. 2009EE3516 de 19 de marzo de 2009 la DPAE ha emitido varios diagnósticos técnicos, respuestas requeridas por varias entidades y recomendaciones, desde el año 2001, en relación con las urbanizaciones Buenavista Oriental Etapas I y II del barrio Ramajal de la Localidad de San Cristóbal en las que ha hecho diversas recomendaciones en relación con el manejo adecuado de las aguas, la protección de los taludes, etc. (Fls. 445 a 450).

De lo anterior advierte la Sala que, en el presente caso, si bien Bogotá D.C. antes de la notificación de la demanda y a través de sus entidades competentes ha desplegado varias gestiones para ocuparse de los problemas presentados en la urbanización las mismas no han sido eficientes en la medida en que a la fecha no obra prueba de que se haya dado cumplimiento a lo ordenado en la Resolución No. 478 de

6 de octubre de 2008 en el sentido de que la constructora haya ejecutado las obras necesarias para proteger los derechos colectivos.

Además, como se dijo líneas arriba, en el expediente no se encuentra demostrado que la Alcaldía Local de San Cristóbal, para el momento en que se construyeron las viviendas, haya ejercido labores de vigilancia y control a las obras ejecutadas por la Constructora Milenio Ltda.

Conforme a lo expuesto la Sala desestimaré el argumento de Bogotá D.C. de que no ha vulnerado los derechos e intereses colectivos pues también es responsable, por omisión, de la vulneración de tales derechos.

Por otra parte Bogotá D.C. sostiene que la orden impuesta en el numeral 5.1.1. de la parte motiva del sentencia es incoherente con los dictámenes pues sus recomendaciones van dirigidas al constructor.

En el numeral aludido se dispuso lo siguiente.

“5.5.1. Como consecuencia de lo anterior SE IMPONE A LA CONSTRUCTORA MILENIO LTDA., con la asesoría e intervención de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y de las demás autoridades cuya actuación se estime conveniente por parte de ésta; la obligación de efectuar las reparaciones necesarias e idóneas en las dilataciones y filtraciones de las viviendas de la Urbanización Buenavista II Sector, no atribuibles a las construcciones ilegales de los propietarios, así como a cumplir cada una de las recomendaciones indicadas por los peritos, a folios 264 a 275 del cuaderno 1; en el cuaderno 4, y en el cuaderno 5, y que se resumen así:

- Revisar, rediseñar y construir obras de control de aguas de infiltración y esorrentía superficial y subsuperficial, especialmente en las partes altas de la ladera y en todo el relleno en general.
- Revisar, reparar y diseñar o construir, según el caso, los dispositivos o mecanismos necesarios para mejorar definitivamente las condiciones de las estructuras con elementos de amarre y confinamiento, que optimicen el trabajo de los elementos no estructurales.
- Reconstruir las losas de contrapiso, recompactando el material de relleno y separándolas de las vigas de cimentación.

- Planear y ejecutar una solución integral a problemas de humedades, desagües inadecuados, fisuraciones y agrietamiento, en las viviendas que no hayan sido intervenidas ilegalmente por sus propietarios.
- La concientización de la comunidad de la urbanización respecto de la importancia de terminar las casas, así como la imperante necesidad de someter las ampliaciones o remodelaciones a las normas que regulan la materia.

Para este efecto, la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, a través de la ALCALDÍA MENOR DE SAN CRISTÓBAL, advertirá a los propietarios que las ampliaciones o remodelaciones que efectúen en sus viviendas deberán contar con la licencia de construcción. Igualmente el DISTRITO CAPITAL adoptará las medidas jurídicas, preventivas y policivas que sean del caso, para impedir las construcciones ilegales, en ejercicio de sus facultades y atribuciones legales, especialmente la contenida en el artículo 83 del Decreto 1052 de 1998, transcrito anteriormente.”.

La Sala estima que la orden mencionada no resulta contradictoria frente a lo que concluyeron los dictámenes periciales, toda vez que dicha orden no va encaminada a que Bogotá D.C. efectúe las reparaciones y las recomendaciones efectuadas por los peritos sino a que haga una labor de asesoría e interventoría en las obras que ejecute el constructor; esto es, le corresponde a la entidad pública accionada vigilar que las reparaciones a las viviendas dispuestas en los dictámenes periciales se cumplan de acuerdo con las recomendaciones técnicas emitidas por los expertos, de manera que se subsane la amenaza a los derechos colectivos involucrados.

Tal labor de asesoría e interventoría, como lo señaló la jueza a quo en el auto de 28 de junio de 2010, que negó la aclaración de la sentencia, consistiría en emitir pronunciamientos sobre el estado de las viviendas, realizar visitas técnicas, emitir diagnósticos, etc.

Así las cosas no se trata de imponerle a las demandadas obligaciones que no se encuentran a su cargo ni la inversión de dineros públicos en predios privados sino de que, a través de las entidades correspondientes, se debe cumplir con las funciones que el ordenamiento jurídico les ha atribuido y que en el presente caso se materializan en la realización de visitas, la emisión de diagnósticos

sobre el estado de las viviendas y la vigilancia en la ejecución de las obras que realice la constructora, órdenes todas que tienen fundamento en competencias asignadas por la ley.

Este Tribunal también desestimará el argumento de la recurrente de que la orden dada en la parte resolutive de la sentencia recurrida es incongruente con lo dicho en la sentencia y con los dictámenes y el estudio de la Universidad Nacional que permiten determinar que no es necesaria la reubicación de las personas que habitan en la urbanización, por las siguientes razones.

En el numeral aludido de la providencia apelada se dispuso lo siguiente:

“SEXTO: ORDÉNASE al Alcalde Mayor del DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, que dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, adelante las gestiones administrativas, técnicas y presupuestales para que antes de que concluya el periodo de la actual Administración, se ejecuten las obras antes señaladas, en observancia de las recomendaciones hechas por los peritos, y se determine la procedencia de la reubicación de las viviendas ubicadas en la urbanización BUENAVISTA ORIENTAL II Sector Etapa I, y se ejecute si es del caso dicha reubicación, dando prioridad a las que presenten riesgo inminente de deslizamiento; recuperar el terreno ocupado mediante la demolición de las construcciones; y disponer de las medidas tendientes a asegurar que los pobladores sean reubicados, accedan a viviendas en condiciones dignas, en los términos descritos en la presente providencia. Los miembros cabeza de familia de los núcleos familiares a reubicarse deberán concurrir con el Distrito y contribuir en las obras de construcción requeridas para adelantar su reubicación. ”

La Sala advierte que si bien en los dictámenes que reposan en el expediente no se observa que esté en riesgo la estabilidad de las viviendas, esto es, que ellas vayan a colapsar por las condiciones del terreno en el que se encuentran construidas la orden mencionada en el numeral aludido se mantendrá por cuanto, por una parte, como se desprende del Oficio No. 2009EE3516 de 19 de marzo de 2009 del Director de la DPAE el sector de las Urbanizaciones Buenavista Etapas I y II de acuerdo con los Planos Normativos de Amenaza por

Remoción en Masa del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá se encuentra en Zona de Amenaza Alta y Media por procesos de Remoción en Masa; y, por otra, las condiciones del terreno pueden haber variado desde que se hizo el diagnóstico y los dictámenes periciales que reposan en el expediente.

En estas condiciones la orden emitida por la jueza a quo en el ordenamiento sexto, ya transcrito, debe entenderse en el sentido de que si bien la orden que aquí se emite no es la de reubicación de las viviendas de la urbanización mencionada; ella si provee elementos de juicio para que Bogotá, D.C., a través de las dependencias concernidas, evalúe si el estado de algunas de las viviendas objeto de esta causa judicial o de todas ellas, debido a modificaciones en las condiciones del terreno originadas en factores climáticos y geológicos, hace aconsejable su reubicación y no simplemente la realización de refacciones que es lo que surge fruto de las recomendaciones de los expertos que emitieron su opinión en el proceso.

Por las razones expuestas la Sala considera que, en el presente caso, no hay lugar a revocar la sentencia con respecto a la responsabilidad de Bogotá D.C. en la vulneración de los derechos colectivos.

El recurso de apelación de la Constructora Milenio Ltda.

La Constructora Milenio Ltda. interpuso recurso de apelación adhesivo contra la providencia mencionada.

De conformidad con el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil quien no apela puede adherirse al recurso interpuesto por otra de las partes en lo que la providencia le sea desfavorable:

"ARTÍCULO 353. APELACION ADHESIVA. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 171 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> **La parte que no apeló podrá adherir al recurso**

interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”

De la norma aludida se desprende que en la apelación adhesiva deben estudiarse los aspectos que le fueron desfavorables al apelante adhesivo.

En tal sentido se pronunció el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 1 de octubre de 2008, Exp. 1994-06078, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero:

“En *quinto lugar*, la norma dispone que la apelación adhesiva se entiende interpuesta “... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...”. Este aspecto de la norma es más problemático de analizar, porque requiere una interpretación adecuada para que la figura adquiera sentido.

Una *primera interpretación* podría sugerir que al apelante adhesivo se le estudia todo lo que le fuere desfavorable de la sentencia, siempre que quepa dentro del recurso de apelación principal, al cual ha adherido.

Otra interpretación entendería que por el sólo hecho de apelar, en forma adhesiva, el recurrente tiene derecho a que el *ad quem* le estudie todos los aspectos de la sentencia que le sean desfavorables. Esta postura cita en su defensa que la norma dispone, clara y expresamente, que la parte adhiere “... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...”.

Esta posición daría lugar a pensar que al apelante principal sólo se le pueden estudiar los puntos de su apelación, a pesar de ser la parte que cumplió con los términos para interponer el recurso; pero al apelante adhesivo, el que dejó vencer los términos, se le analizan todos los aspectos que le fueren desfavorables. En este sentido, este recurso se comportaría como una consulta en su favor, beneficiando al incumplido.

La Sala, advirtiendo los problemas hermenéuticos y lógicos que ofrece el artículo 353 CPC., y admitiendo que las dos posiciones planteadas tienen insuficiencias, aunque también arrojan análisis correctos en algunos aspectos, entiende que **la apelación adhesiva comporta, para los efectos que en adelante se presenten sobre este tema, que el apelante adhesivo tiene derecho a que le estudien, sin limitaciones, la posición en que lo dejó la sentencia del a quo.**

Este criterio se fundamenta en el propio art. 353 CPC, que dispone que el *ad quem* debe estudiar su situación "... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...", es decir, que en relación con el apelante principal no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, quien podría ver desmejorada su situación, por autorización expresa de esta norma, pues no otra interpretación se le puede dar al aparte citado.

No obstante, aclara la Sala, precisando el alcance de esta figura procesal, que el mismo tratamiento se le debe dar al apelante principal. Es decir, que en relación con él también se estudiará la sentencia del *quo* -por razones lógicas y de igualdad procesal- en todo lo que le fuere desfavorable.

En otras palabras, los asuntos sometidos por éste al debate, dado que se abrirá el recurso de manera completa, en virtud de la apelación adhesiva, impone que frente a él -que fue la parte que apeló en tiempo- también se aplique la misma situación en que queda el apelante adhesivo, pues mal podría éste resultar mejor tratado, desde este punto de vista, que el apelante principal.

En conclusión, la Sala estudiará el proceso sin limitación alguna, advirtiendo que no opera la figura de la *no reformatio in pejus* para las partes, con lo cual queda abierto el proceso, de manera plena, y por esta razón se estudiará la demanda y su contestación, como pasará a analizarse.". (Destacado por la Sala).

Los aspectos que le fueron desfavorables al apelante adhesivo fueron los siguientes: la decisión de declarar no probada la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial presentada por la señora Graciela Torres de Foliaco; la vulneración de los derechos colectivos por parte de la Constructora Milenio Ltda. y las excepciones propuestas que fueron desestimadas en la sentencia; y el incentivo.

La objeción por error grave contra el dictamen pericial

El dictamen pericial rendido por la Auxiliar de la Justicia, ingeniera Graciela Torres de Foliaco, fue objetado por la sociedad Constructora Milenio Ltda.

En la objeción por error grave la sociedad señaló que para arribar a la conclusión según la cual "los daños que se han presentado continuamente, han sido ocasionados por defectos en los métodos de construcción, deficiencia de la calidad de materiales y errores en detalles de construcción en la parte de

terminación de cierres de tejados, juntas, instalaciones sanitarias y eléctricas” la perito afirma que “Sobre los rellenos de las terrazas donde se levantaron los cimientos, no se hicieron lavados de material (afirmación que no fundamenta en prueba alguna).”.

Sobre este punto el juzgado a quo dijo que revisado el dictamen la auxiliar de la justicia ésta afirma que en la construcción de rellenos para la terraza donde se levantarían los cimientos se efectuaron lavados de material; el dictamen rendido por el segundo perito no refuta dicha afirmación sino que señala que la misma no puede ser demostrada fácticamente porque el terreno ya se encuentra edificado; y como la afirmación no fue refutada no puede considerarse como error grave.

La Sala estima que la consideración de la jueza a quo fue acertada por cuanto, en efecto, la perito dice que se hicieron lavados de material y el segundo dictamen no desvirtúa la afirmación hecha por la perito, simplemente asevera que dicha afirmación es improbable.

El segundo motivo para objetar el dictamen consiste en la afirmación de la perito de que los daños son entre leves y moderados y que no aparece un control de interventoría lo que a juicio de la objetante no se encuentra demostrado.

Tal consideración debe ser desestimada pues en el segundo dictamen el perito afirma que hubo un seguimiento pero que el mismo no tenía el carácter propio de la interventoría.

La sociedad sostiene, como otro motivo para objetar el dictamen, que el desplazamiento del talud que ocurrió en el 2001 fue corregido ejecutando todas las recomendaciones efectuadas por la DPAE y la Subdirección de Control de Vivienda de la Alcaldía, se compró una

franja de terreno para disminuir la pendiente y el talud no volvió a presentar anomalías.

Sobre el particular la Sala estima que en el dictamen la perito acepta que los taludes fueron empradrizados (sic), pero lo que cuestiona es que haya defectos el muro que los soporta y en las obras de drenaje.

El segundo perito, en su dictamen, como lo señala la providencia apelada, también coincidió con dichas afirmaciones.

Otro aspecto que se cuestiona del primer dictamen pericial es el relativo a que es falsa la afirmación de la perito de que ninguna unidad de vivienda haya sido adicionada pues un alto porcentaje de viviendas han tenido ampliaciones en los patios lo cual desestabiliza las estructuras.

Con relación a este aspecto la jueza a quo consideró que la ampliación ilegal de las casas no era relevante para el proceso pues el debate se centraba en la presunta vulneración de los derechos colectivos y que, en todo caso, de demostrarse la misma no se exoneraría a las entidades responsables pues las deficiencias evidenciaban que la causa del problema era más general y grave.

La Sala considera que el argumento mencionado para objetar el dictamen tampoco puede catalogarse como demostrativo de un error grave pues la conclusión a la que llega la perito coincide con una de las causas de las deficiencias de las viviendas, que fueron indicadas en el Diagnóstico de la Universidad Nacional.

Conforme a lo anterior para este Tribunal no se configura un error grave que permita declarar probada la objeción propuesta por la sociedad Constructora Milenio Ltda.

La vulneración de los derechos e intereses colectivos por parte de la Constructora Milenio Ltda. y las excepciones propuestas por ésta

Para este Tribunal las excepciones propuestas en la demanda, a saber, “Inexistencia de la vulneración de los derechos e intereses colectivos amenazados o vulnerados” y “Cumplimiento en la obra de las disposiciones nacionales y distritales sobre construcciones vivienda de interés social y prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la urbanización buena vista oriental” por las razones que se exponen a continuación.

Con relación a la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes la Sala estima que de acuerdo con los dictámenes periciales y las diferentes pruebas que obran en el expediente se puede concluir que se han venido presentando varias deficiencias constructivas en la Urbanización Buenavista Oriental y que las mismas pueden estar relacionadas con técnicas inadecuadas en el proceso de cimentación y de construcción y a que, en su momento, no se hizo un estudio de suelos detallado debido a que la urbanización se construyó en una zona de ladera que requería de rellenos de gran espesor.

Pese a que existen otras causas que han agravado la problemática, como es el caso de las construcciones ilegales que algunas personas han realizado en los patios de las viviendas, como se mencionó en el dictamen para probar la objeción por error grave al primer dictamen y en el diagnóstico realizado por la Universidad Nacional, los dos dictámenes y el diagnóstico mencionado coinciden en formular al constructor una serie de recomendaciones para solucionar problemas de construcción, las deficiencias en las estructuras y en el manejo de las aguas.

Las deficiencias que se han presentado en la urbanización no obedecen exclusivamente a las sobre construcciones realizadas por algunos propietarios sino, también, a conductas atribuibles a la constructora en cuanto a las técnicas utilizadas en el proceso de cimentación y construcción y a la calidad de los materiales utilizados.

Si bien la constructora de que se trata ha desplegado varias acciones con el fin de corregir las anomalías que se han venido presentando lo cierto es que las mismas no han sido suficientes y para cuando se rindió el último de los dictámenes periciales (año 2008) persistían los problemas asociados con humedades, desagües inadecuados, fisuras, agrietamientos.

En este orden de ideas como las acciones implementadas por la constructora no han sido suficientes y persisten los problemas la Sala comparte el criterio de la a quo en el sentido de que se vulneraron los derechos colectivos y, en consecuencia, la actora debe ejecutar las obras y recomendaciones a que se refieren los dictámenes periciales y que fueron ordenadas en la sentencia:

“SEGUNDO: ORDÉNASE a la sociedad CONSTRUCTORA MILENIO LTDA, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, inicie la ejecución de todas y cada una de las recomendaciones anotadas en los numerales 5.1.1. y 5.1.2. de la presente providencia, y en los dictámenes periciales que figuran en el presente proceso, a folios 264 al 275 del cuaderno 1; en el cuaderno 4, y en el cuaderno 5.”

“TERCERO: ORDÉNASE a la sociedad CONSTRUCTORA MILENIO LTDA, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo inicie las construcciones, reparaciones y controles y demás medidas técnicas tendientes a evitar daños por la presencia del talud de tierra ubicado en el costado Sur de la Urbanización Buenavista Oriental II Sector, etapa I, la cual, a su vez se encuentra ubicada en la Calle 31 Sur No. 12- 25 Este, de Bogotá. Tales actividades deben incluir el levantamiento de un muro de contención que CUMPLA 100% con las correspondientes normas técnicas y urbanísticas vigentes, según lo esbozado en las consideraciones de ésta sentencia.”

Por las razones expuestas no prosperan las excepciones, aspecto en relación con el cual se adicionarán los ordenamientos de la providencia apelada pues, como ya se dijo, la a quo omitió pronunciarse al resolver, si bien expresó en los considerandos los motivos para que las mismas fueran desestimadas; y, de otro lado, se confirma la responsabilidad de la sociedad en la vulneración de los derechos e intereses colectivos amparados en la providencia apelada.

El incentivo

Procede la Sala a analizar el incentivo en atención a que Bogotá D.C. apeló sobre el mismo y a que es un aspecto desfavorable para la apelante adhesiva.

La jueza a quo en el numeral séptimo de la sentencia en mención ordenó reconocer a la parte actora un incentivo de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes distribuidos de la siguiente forma: 10 a cargo de la Constructora Milenio Ltda., 5 a cargo del Distrito Capital y 5 a cargo de la Curaduría Urbana No. 4 de Bogotá.

La Sala revocará el incentivo en atención a que el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 fue derogado por la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010 y, por ende, no hay norma aplicable para otorgar dicho reconocimiento.

Así fue precisado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", en sentencia de 24 de enero de 2011:

"4. EL INCENTIVO ECONÓMICO PARA LOS ACTORES POPULARES, A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1.425 DE 2010.

En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, la Sala lo negará,

pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero "Deróganse los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998"; y en el segundo que: "la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias".

Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido en incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe aplicarse la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería", de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. (...).

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 no contienen normas de procedimiento o de sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que se le pague una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un "derecho", al decir, en ambas disposiciones, que: "El demandante... tendrá derecho a recibir..." el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 1887-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso– entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí."⁴

Conclusión

⁴ Exp 2004-00917, C.P. doctor Enrique Gil Botero.

La Sala confirmará la sentencia apelada, salvo el numeral séptimo que se revoca para, en su lugar, negar el incentivo; y la adicionará en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas por Bogotá D.C. y la Constructora Milenio Ltda.

Decisión

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia de 1 de junio de 2010, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., salvo el numeral séptimo que se revoca para, en su lugar, negar el incentivo.

SEGUNDO.- ADICIÓNASE la misma providencia en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas por Bogotá D.C. y la sociedad Constructora Milenio Ltda.

TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaría, **ENVÍESE** copia de la misma al Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo de conformidad con el artículo 80 de la Ley 472 de 1998 y manténgase el expediente en Secretaría para efectos de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

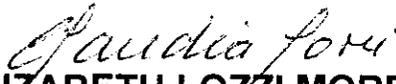
CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en la Sala de la fecha. Acta No. 100-.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado