

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO

SENTENCIA No. T-085

Accionante: RAFAEL ANTONIO GALVÁN DÍAZ

Accionado: CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR – AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI-MINISTERIO DE TRANSPORTE

Vinculados: CECILIA MESA TORRES

San Juan de Pasto, dieciocho de julio de dos mil dieciocho.

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Cumplido el trámite previsto en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, se procede a resolver la acción de tutela instaurada por el señor RAFAEL ANTONIO GALVÁN DÍAZ, a nombre propio, en contra de la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR – AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- y MINISTERIO DE TRANSPORTE.

II. DERECHOS QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS

El accionante solicita tutelar sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo y al mínimo vital, los cuales considera han sido vulnerados por la entidad accionada.

III. ANTECEDENTES

### 3.1. PRESUPUESTO FÁCTICO

Los hechos que sirven de fundamento al libelo introductorio, se resumen así:

1. El accionante manifiesta que interpone la presente acción de tutela en su calidad de campesino, de 62 años de edad, residente en la vereda “El Obraje” del municipio de Tangua, Nariño, y como trabajador en el inmueble de propiedad de la señora CECILIA MESA TORRES, en el que ha desarrollado su actividad económica de cría, compra y venta de pollos, a través de la granja de su propiedad denominada “AVESTRUZ”, que le generaba unos ingresos mensuales aproximados de \$2.000.000.00.; en cuya actividad productiva contó colaboración de los señores CECILIA MESA TORRES, LUÍS ERNESTO VELASCO, REYNALDO GALVÁN DÍAZ, JESÚS ARMANDO LUCANO CAES y SERVIO TULIO GONZÁLEZ LÓPEZ. Y que además, ha trabajado actividades de lombricultura y carpicultura.

Que desde hace aproximadamente un año la Concesionaria Vial Unión del Sur socializó el proyecto de construcción de la doble calzada Pasto-Rumichaca y se le hizo saber a la señora CECILIA MESA TORRES, que su predio se vería afectado por la obra. A partir de lo cual recibieron múltiples visitas de la citada Concesionaria, en las que siempre le aseguraron que pese a que el accionante no era propietario del inmueble, pero que como propietario de la Granja “Avestruz” y sus colaboradores tendrían una indemnización justa. Por lo cual entregó documentación que acreditaba su actividad productiva, por lo que le generaron CONFIANZA LEGÍTIMA.

Aseguró que el día 20 de junio de este año la Concesionaria Vial Unión del Sur realizó oferta de compra del inmueble a la señora CECLIA

MESA TORRES; sin embargo, dentro de dicha oferta no se incluyeron las personas que residían y laboraban en dicho inmueble a pesar de que los funcionarios de la Concesionaria accionada en las diferentes visitas les aseguraron a las personas que residían y laboraban en el inmueble les sería reconocido el lucro cesante y daño emergente, generando expectativa, por lo que estima se está vulnerando el derecho a la vida en condiciones dignas, al trabajo y al mínimo vital.

2. Que la propietaria del inmueble señora CECILIA MESA TORRES recibió oferta de compra del bien y una indemnización que la califica el actor como “ínfima” por concepto de lucro cesante por la actividad que ella desarrollaba en la avícola, oferta que fue aceptada por dicha señora y procedió a suscribir el respectivo contrato.
3. Que se está a la espera de que la Concesionaria accionada efectúe el desalojo y él quedará sin dónde residir o trabajar y que además carece de recursos económicos.
4. Que en las últimas semanas se han efectuado trabajos en zonas cercanas al predio lo cual ha generado afectación en su actividad productiva, ya que se suspende los servicios públicos de agua y energía.

### 3.2. PRETENSIONES

Con sustento en lo anterior, el accionante solicitó:

“(…) 2. ORDENAR a las entidades accionadas, que se me indemnice (daño emergente y lucro cesante), toda vez que la construcción de la doble calzada PASTO-RUMICHACA que adelanta la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR, me obliga a abandonar la vivienda en la cual me encontraba viviendo y en la que desempeño mi actividad económica.

3. ORDENAR a las entidades accionadas que se me brinde una solución económica o física para que pueda continuar adelantando mi trabajo en la actividad avícola, puesto que la obra DOBLE CALZADA PASTO-RUMICHACA, ha significado el fin de mi granja AVESTRUZ sin que hasta el momento haya sido indemnizado de manera alguna.

4. De conformidad con el artículo 24 del Decreto 2651 de 1991, me permito solicitar que en el fallo por Usted dictado se prevenga a la entidad accionada “para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubieren incurrido.

5. Que se ordene el amparo de aquellos derechos fundamentales no invocados como amenazados, violados y/o vulnerados y que Usted, en su función de guardián de la Constitución, pueda establecer como violados, amenazados y/o vulnerados.”

#### IV. DEL TRÁMITE IMPARTIDO

El día 04 de julio de 2018, se presenta acción de tutela en la Oficina Judicial de esta ciudad, y por reparto le correspondió tramitar al Juzgado Segundo de Familia de este Circuito, y la titular de ese Despacho mediante providencia de 05 siguiente, se declaró impedida y ordenó remitir a este Juzgado por seguir en turno, por tal motivo realizado el estudio pertinente de la misma, avizorando que se cumplía con los requisitos previstos en el Decreto 2591 de 1991, se procedió a avocar conocimiento sobre la acción de tutela en comento y se procedió a admitir e imprimirle el trámite legalmente previsto para este tipo de acciones, ordenando notificar a los intervinientes y a vincular a la señora CECILIA MESA TORRES, por el interés legítimo en la actuación, esto a través de auto de la misma fecha (fl. 70).

#### V. DE LA CONTRADICCIÓN

##### 5.1. DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI.

Habiendo sido debidamente notificado, se procedió a contestar en los siguientes términos:

El apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, manifestó que se opone a la prosperidad de las pretensiones del actor, en razón a que no se le han vulnerado sus garantías fundamentales, ya que aquel cuenta

con otros mecanismos idóneos legales a través de los cuales puede reclamar los presuntos derechos vulnerados; sostiene que existe proceso de enajenación voluntaria directa como etapa inicial formal de compra y establecido con un procedimiento específico previsto en el artículo 61 de la ley 388 de 1997.

Transcribió el artículo 6 de la Resolución 2684 del Ministerio de Transporte, referente al lucro cesante y ahí se determinan los procedimientos ordinarios para que se debatan las pretensiones del accionante.

Que hay inexistencia de vulneración de derechos fundamentales. Se hizo relación a que el proceso de adquisición de predios por parte del Estado en proyectos de utilidad pública o de interés social es reglado, por lo que la entidad no puede ir más allá de lo previsto en la Constitución Nacional, las Leyes 9ª de 1989, 338 de 1997, 1682 de 2013, 1742 de 2014, 1882 de 2018. Por consiguiente, la ANI a través del Concesionario llevó a cabo el procedimiento con observancia de lo previsto en las normas enunciadas.

Que tales normas, en aras de la prevalencia del interés público o social, determinan un procedimiento que inicia con el avalúo del predio por parte del Instituto Agustín Codazzi, con base en el mismo se hace una oferta de compra del inmueble al propietario y/o poseedores inscritos del predio. La notificación de la oferta se hace únicamente al titular de los derechos que figure registrado en el certificado de libertad y tradición del inmueble objeto de la expropiación. De no existir acuerdo para la negociación voluntaria, se expide un acto administrativo que ordene la expropiación, la que se hace por vía judicial o acto administrativo que decreta la expropiación.

Que en el presente caso no se citó al accionante al trámite de negociación, toda vez que tal como él mismo lo reconoce la propietaria del inmueble es la señora CECILA MESA TORRES y que conforme a la ley debía concurrir

solo ella. Que en razón a que el señor Galván no figura registrado en el folio de la matrícula inmobiliaria del inmueble, ese es el motivo por el cual no se le notificó y la oferta de compra se le dirigió solo a la propietaria.

Que se respetaron todos los pasos legales, y los principios de legalidad, debido proceso, de contradicción y de defensa. Que el proceso de negociación se llevó a cabo con la persona legitimada para ello, quien en forma voluntaria accedió a acoger el valor ofertado.

Que de la revisión de los documentos y específicamente el avalúo elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo que sirvió de base para la oferta de compra, en la indemnización por lucro cesante se consideró la actividad económica desarrollada por la propietaria, consistente en la cría y comercialización de pollos, para lo cual la interesada aportó una certificación emitida por Contador Público, en el que se certificó que los ingresos obtenidos mensuales por la propietaria se estimaron en \$2.080.000. Y como el proyecto vías afecta el 14.83% del área útil productiva, los ingresos dejados de percibir correspondientes al área afectada, y que ascienden a \$309.504 mensuales.

Que dentro del proyecto se realiza una identificación y análisis de las condiciones socioeconómicas en cada uno de los predios, y que en aras de minimizar el impacto económico y social se expidió la Resolución No. 545 de 2008, en la cual se estableció el plan de compensaciones socioeconómicas a favor de las unidades sociales y económicas que resulten afectadas con la ejecución del proyecto.

Que por lo tanto, si al accionante le asistiese razón en la reclamación de los derechos por él invocados, tal reclamación corresponde a un tema totalmente diferente a la oferta de compra del inmueble, y sí al pago de compensaciones económicas a que hace referencia la citada resolución.

Finalmente, solicita se declare improcedente la acción de tutela, denegar el amparo de derechos fundamentales y desvincular a la ANI del presente trámite.

5.2. DE LA SEÑORA CECILIA MESA TORRES.

Mediante escrito la vinculada hizo referencia a que en el año 1999 adquirió tres inmuebles ubicados en la Vereda “El Obraje” del Municipio de Tangua, N., que en ellos, en compañía del señor RAFAEL GALVÁN DÑIAZ instaló una granja avícola, a la que se han dedicado por más de 24 años, siendo el señor GALVÁN quien la administraba y la señora CECILIA y otras personas colaboraban. Que en el año 2012 contrajo matrimonio con el señor RAFAEL GALVÁN, pero en la actualidad están separados de cuerpos.

Que en varias oportunidades funcionarios de la Concesionaria Unión del Sur aseguraron a todos los colaboradores de la granja que serían indemnizados, incluido el señor GALVÁN, y para lo cual tomaron datos y documentos del trabajo.

Que por su parte recibió oferta de compra de sus tierras y por su trabajo, que a pesar de que era baja la aceptó para evitar acciones judiciales. Que estaban seguros que la Concesionaria ofrecería alguna indemnización al accionante por su trabajo y a los otros trabajadores.

Que recibió una llamada de la Concesionaria para acordar la fecha del desalojo, pero que contrariamente se le dijo que el desalojo se haría una vez se consigne el dinero de la oferta. Que tiene un hijo de catorce años de edad, que cursa estudios de secundaria y que si se hace el desalojo su hijo no podría continuar sus estudios.

5.3. DE LA CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR.

El representante legal de la Concesionaria Vial Unión del Sur se pronunció frente a la acción de tutela en los siguientes términos:

Que en lo que hace relación a la adquisición de un área de terreno a segregarse denominado “Obraje” o “El Recuerdo” ubicado en la Sección “El Obraje” del municipio de Tangua, N., área de dicho inmueble que se constituye como sujeta a intervención predial por motivos de utilidad pública en el desarrollo del Proyecto de infraestructura vías RUMUCHACA-PASTO que desarrollará ese concesionario en representación de la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI-.

Hizo relevancia del proyecto vial en el orden nacional instituido como un estamento que se desarrolla y se sincroniza con la consolidación de estrategias materializadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Que frente a la caracterización e identificación socio predial se individualizó al accionante como integrante del núcleo familiar existente en el inmueble; que según la fichas sociales “Caracterización de unidad social residente” en el caso particular de acuerdo a la información brindada por los intervinientes, propietarios, moradores, poseedores, cuidadores o integrantes de la unidad social del predio concluyó con el reconocimiento de la destinación de la vivienda familiar como construcción principal y edificación de infraestructuras anexas para el desarrollo de actividades productivas como granja avícola. Se transcribió el inventario de las construcciones anexas.

Que en relación a que el accionante es el propietario de la Granja “Avestruz”, se afirmó que los documentos allegados no determinan el título o modo de adquisición que permita la negociación y legitimación del reconocimiento de cualquier perjuicio en calidad de propietario de la granja avícola.

Que a la señora CECILIA MESA TORRES respecto del desarrollo de la actividad productiva se le solicitó la entrega de documentos para la valoración de conformidad a los lineamientos legales, los elementos constitutivos de daño emergente y lucro cesante, y ella presentó el RUT expedido por el contador JUAN CARLOS CAICEDO TOBAR, por la actividad económica de “Cría y comercialización de pollo en pie en distintas etapas de producción en su granja avícola de nombre “LA AVESTRUZ” en el municipio de Tangua, Nariño, con lo cual se acreditó por parte de la propietaria el perjuicio equivalente a la ganancia o provecho dejado de percibir con ocasión del requerimiento predial “lucro cesante”.

Que la oferta formal de compra se efectuó de forma personal a la propietaria del inmueble de conformidad a la normatividad vigente y que la ANI asumirá los gastos de escrituración y registro. Y de conformidad a las normas para el caso la propietaria, ella contaba con 15 días hábiles para manifestar su aceptación o rechazo de la oferta.

Que respecto al lucro cesante, según los peritos evaluadores en concordancia con la documentación aportada por la propietaria, se concluyó que en el presente caso había pérdida de utilidad por la actividad de cría y comercialización de pollos y que según el certificado del contador público que aportó la propietaria reportó una utilidad líquida mensual de \$2.080.000.00; y que como el proyecto afecta el 14,88% del área útil productiva los ingresos del área afectada serán por valor de \$309.504.00 mensuales y que el lucro cesante se reconocerá por el causado durante el lapso de seis meses, reconocido en un total de \$1.857.024.00.

Se anexó el cuadro del resultado del avalúo comercial corporativo, liquidado por la Lonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo FEDELONJAS.

Conforme el cual se tuvo en cuenta el avalúo del terreno, las construcciones, las enramadas, los galpones, muros y las especies

vegetales para un total de \$144.128.420.00. Y adicionalmente el valor por concepto de lucro cesante.

Que el 26 de junio de 2018 se suscribió contrato de promesa de compraventa entre la Concesionaria en calidad de delegada de la ANI y la señora CECILIA MESA TORRES, en calidad de propietaria del inmueble, en el cual se estableció un plazo específico para la entrega real y material del área del terreno junto a las construcciones principales y anexas, por lo tanto la noción de “desalojo” es equivocada como lo plantea el accionante y además existe un proceso de acompañamiento y orientación desde la concesionaria en relación a la unidad social.

Frente a las pretensiones solicitadas por el accionante, manifestó que se opone por considerarlas inviables, desfasadas y contrarias a la realidad material, pues lo referente al pago del lucro cesante el mismo se reconoció en favor de la propietaria del inmueble, quien acreditó la relación con la misma unidad productiva que el accionante aduce.

Se hizo referencia a que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiaridad ya que el accionante cuenta con una acción judicial idónea para obtener la reparación de los derechos que considere vulnerados y que no se han menoscabado los derechos al trabajo y mínimo vital por cuanto según diagnóstico social se establecen las consecuentes estrategias legales, medidas e instrumentos para mitigar y que se complementa con el reconocimiento económico del valor comercial del inmueble y anexas, además del reconocimiento del daño emergente y lucro cesante.

Finalmente, solicitó que se despache negativamente todas las pretensiones del accionante de conformidad a lo expresado.

## VI. CONSIDERACIONES.

### 6.1. Problema Jurídico a resolver.

Para dar solución al presente asunto considera este Despacho que debe resolverse el siguiente problema jurídico:

¿Las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales al trabajo y mínimo vital del señor RAFAEL ANTONIO GALVÁN DÍAZ, al no reconocer el daño emergente y lucro cesante como propietario de la Granja AVESTRUZ?

## 6.2. Problemas Jurídicos Asociados.

¿En el presente asunto la parte actora ostenta legitimación en la causa por activa para interponer la presente acción de tutela, dispone de otros medios de defensa ordinarios y habituales de defensa judicial de los derechos que estima lesionados? y, de ser afirmativa la respuesta, ¿en la presente acción de amparo se da la concurrencia de los elementos que estructuran la existencia de perjuicio irremediable que pueda ser conjurado por la tutela como mecanismo transitorio para evitarlo, tornándola procedente?

## 6.3. Respuesta al Problema Jurídico Planteado

A criterio de esta Judicatura, la respuesta al primer problema es negativa y por lo tanto la acción de tutela resulta improcedente, ya que resulta evidente que en el caso *sub lite* el actor, en primer término, no ostenta legitimación en causa por activa para deprecar la protección de los derechos fundamentales que –asegura– se han lesionado por parte de las entidades accionadas, en la medida de que según el pronunciamiento de la señora CECILIA MESA TORRES, ella aceptó la oferta de compra de su inmueble con todas sus anexidades, tales como la granja y enramadas, por parte de la concesionaria accionada y que en dicha oferta está incluido también el reconocimiento y posterior pago del lucro cesante proyectado como causado por el término de seis meses.

Pero, por otra parte, sin hesitación alguna resulta evidente que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial de carácter ordinario, los cuales resultan plenamente eficaces a criterio del Juzgado, y a los que puede acudir el señor GALVÁN DÍAZ para que ante el juez natural se debate en un estadio adecuado legal y probatoriamente hablando se discuta su pretensión.

#### 6.4. Naturaleza jurídica y Procedencia de la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Nacional creó un mecanismo encargado de proteger los derechos fundamentales de las personas, mediante la denominada acción de tutela., que fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, para hacer efectivo su ejercicio, estableciendo el procedimiento, las restricciones y limitaciones y también los derechos contra los cuales procedía. Dicha acción se encamina a proteger los derechos fundamentales de las personas cuando estos resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela o también conocida como de amparo es la institución que tiene su ámbito dentro de las normas del derecho político o constitucional y que está encaminada a proteger los derechos fundamentales de las personas cuando han sido desconocidos o amenazados por una autoridad pública -cualquiera sea su índole- que actúe por fuera de sus atribuciones constitucionales o legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución Nacional o los derechos que ella protege, siendo entonces un mecanismo judicial de carácter extraordinario, subsidiario y residual de defensa de los derechos fundamentales.

Su procedencia se circunscribe entonces a la carencia de otro medio de defensa judicial efectivo para la defensa de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados. De su naturaleza se

desprenden dos características: (i) La subsidiaridad y (ii) la inmediatez. En virtud de la primera solamente es procedente la acción, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para su defensa, a menos que existiendo se busque evitar un perjuicio irremediable, y la inmediatez tiene que ver con la aplicación urgente de medidas que tiendan a hacer efectivo, concreto y actual, el derecho objeto de la violación o amenaza.

El máximo Tribunal Constitucional ha expresado al respecto que “La acción de tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario encargado por la Carta Política a los jueces de la República, que busca brindar a la persona la posibilidad de acudir a la justicia de una manera informal, en procura de obtener una protección directa e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en todos aquellos casos en que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial”<sup>1</sup>

Se trata entonces de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley.

6.5. De la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de indemnizaciones económicas -daño emergente y lucro cesante-.

En el marco del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, cabe recordar que este instrumento se encuentra reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual delimitó el objeto de su ejercicio, definió los principios y características que orientan su trámite y estableció el régimen de procedencia. Atendiendo a la naturaleza jurídica de este instrumento, el decreto en referencia, estableció unas causales generales de improcedencia encaminadas a garantizar el uso racional del mecanismo de amparo, y que supeditan su viabilidad a la inexistencia de otros medios de defensa judiciales, salvo que se trate de evitar la posible ocurrencia de un perjuicio *iustificadamente* irremediable.

<sup>1</sup>H. Corte Constitucional. Sentencia T 604 de 1996

Una de las causales generales de improcedencia de la acción de tutela a que se refiere el Decreto 2591 de 1991, alude específicamente a cuando existe un medio alternativo de defensa judicial, con suficiente idoneidad y eficacia para asegurar la protección de los derechos del peticionario, lo que hace improcedente la acción de tutela.

La Corte Constitucional en repetidas ocasiones, se ha pronunciado en el sentido de señalar que la acción de tutela es un mecanismo dirigido específicamente a la protección y garantía de los derechos fundamentales y su naturaleza esencial no es la de otorgar indemnizaciones o reparaciones por daños ocasionados. Para ello, el ordenamiento jurídico consagra distintos mecanismos judiciales ordinarios a través de los cuales se puede obtener el reconocimiento y pago de tales perjuicios e indemnización.

Se sabe que el resarcimiento cumple un propósito de reparación, por lo que incluye el daño emergente y el lucro cesante. Excepcionalmente, ese pago puede tener una función restitutiva o restauradora para garantizar los derechos de sujetos de especial protección constitucional, eventos en que el resarcimiento tendrá un efecto restaurador frente a los perjuicios ocasionados. Y en las situaciones restantes, la indemnización tendrá un carácter compensatorio, casos en que las autoridades darán una suma insuficiente frente al daño, pero que en alguna medida lo remedia

En relación con lo mencionado, la Corte en Sentencia T352/16, M. P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, ha manifestado que:

“( ... ) En síntesis, la acción de tutela no es el medio idóneo para reclamar pretensiones económicas salvo que (i) el interesado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial; (ii) teniendo medio judicial éste resulte ineficaz para la protección de los derechos y (iii) en los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela. Ahora bien, tratándose de pretensiones alusivas a indemnización de perjuicios el Decreto 2591 de 1991, faculta al juez constitucional para decretarla, siempre que: (i) la tutela sea concedida, (ii)

que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio, (iii) que la violación del derecho haya sido manifiesta y como consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, (iv) que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho y, (v) que se haya garantizado el debido proceso a quien resulte condenado.[10]

La indemnización a través de la acción de tutela o condena en abstracto establecida en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, es de naturaleza excepcional y subsidiaria, entonces, para que proceda, el juez de tutela debe comprobar que efectivamente se cumpla con los presupuestos anteriormente mencionado, así como aquellas directrices dirigidas a él en caso de que se proceda a esta clase de resarcimiento.

Por consiguiente, además de ser excepcional la acción de amparo, es subsidiaria, es decir, que si el afectado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial de carácter ordinario para obtener el resarcimiento de los daños causados, no es posible para el juez constitucional acceder a la indemnización que establece el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

6.6. Del Caso en Concreto.

El accionante, como ciudadano colombiano y residente en el Vereda “El Obraje”, Municipio de Tangua, N., solicita sea indemnizado (reconocimiento y pago de daño emergente y lucro cesante) por las entidades accionadas – Concesionaria Vial Unión del Sur– Agencia Nacional de Infraestructura ANI y Ministerio de Transporte, en razón a que debido a las obras por la construcción de la doble calzada Pasto Rumichaca, el predio donde funcionada la granja “Avestruz” de su propiedad fue incluido en la oferta de compra por parte de la concesionaria accionada y la que fue aceptada por la propietaria del inmueble, y en consecuencia ella suscribió el contrato de promesa de compraventa.

Al respecto, las entidades accionadas en sus escritos de contestación dieron a conocer que el proceso de “expropiación” fue voluntario y se

efectuó directamente con la propietaria del inmueble como corresponde legalmente, según se encuentra registrada en el certificado de libertad y tradición; que previamente se efectuó socialización del proyecto, estudios, visitas, recolección de información y documentación, fichas sociales, etc., de lo cual, se estableció que dentro de los predios involucrados en el proyecto se encontraba el de la señora CECILIA MESA TORRES, cónyuge del actor, quedando acreditado con documentación que dentro de su predio se encontraba funcionando la granja avícola denominada “AVESTRUZ”, por ende, dicha granja ya se encontraba incluida en la unidad social analizada y en la oferta; por lo demás se recuerda que la señora MESA TORRES aseguró ser ella la propietaria del inmueble y la granja y que su marido y ahora actor funge como administrador, de ahí que resulta improcedente un pago doble por el mismo concepto de indemnización de lucro cesante y daño emergente, pues se recuerda que la concesionaria en la oferta incluyó una suma de dinero en favor de la propietaria por esos conceptos específicos.

Pero, además, se recuerda que la oferta se hizo con fundamento en los estudios realizados y en el avalúo que presentó Fedelonja de Propiedad Raíz de Nariño y Putumayo, en el que se incluyó el avalúo del terreno, de las construcciones, enramadas, galpones, cercas y especies vegetales. Que igualmente, de conformidad al certificado presentado por la propietaria del inmueble, de que era la propietaria de la Granja “Avestruz” que funcionaba dentro de su predio, se establecieron los ingresos o ganancias mensuales, y se procedió a liquidar de acuerdo a la normatividad legal para el caso el lucro cesante, oferta y liquidación de lucro cesante fue aceptada por la propietaria del inmueble señora CECILIA MESA TORRES.

La Corte Constitucional en jurisprudencia al respecto, estima que por regla general, no puede existir una expropiación sin indemnización previa, desembolso que debe ocurrir antes del traspaso del dominio del bien del

privado al Estado. Las autoridades encargadas de la expropiación tienen la obligación de consultar los intereses de la comunidad y del particular afectado con el fin de cuantificar la indemnización justa. Ello se logra con la evaluación de las circunstancias de cada caso y respetando los parámetros que ha expuesto la Corte sobre las características del resarcimiento. En tal sentido, con la documentación allegada con la contestación de la tutela por la concesionaria se establece que en efecto las entidades accionadas procedieron a efectuar la oferta formal de compra del inmueble atendiendo la normatividad pertinente para ese tipo de eventos, haciendo el reconocimiento a la propietaria con sujeción a la ley.

Frente a la pretensión del accionante, resulta claro que tal como resultó de los estudios de revisión, actualización, y validación de la información técnica, física, socio-económica y jurídicos preliminares efectuados por las entidades accionadas encargadas del proyecto doble calzada Pasto Rumichaca, fue la señora CECILIA MESA TORRES, quien acreditó y así está establecido en el certificado de libertad y tradición del inmueble pertinente, que es la propietaria del inmueble y que además mediante certificación expedida por contador público hizo constar que era también la propietaria de la Granja "AVESTRUZ" y los ingresos percibidos por dicha actividad avícola. Y en tal sentido le fue ofertada la compra del inmueble y siendo que aceptó le reconocen el valor avaluado del mismo y el porcentaje como lucro cesante por seis meses.

Según se aseguró en la contestación por parte de la entidad Concesionaria Vial Unión del Sur, dentro de los estudios, diagnóstico y toma de información en los predios objeto del proyecto, se recaudó una ficha social -suscrita por el propio accionante, señor GALVÁN DÍAZ-, conforme la cual el accionante forma parte de la unidad familiar de la señora CECILIA MESA TORRES, y que aquel era el responsable o cabeza de la unidad social residente, de ocupación avicultor y que de sus actividades de ganadería y

avicultura percibía entre dos a tres millones de pesos mensuales. Por consiguiente, resulta entendible que la granja avícola, era la actividad productiva desarrollada precisamente por los integrantes de dicha unidad familiar.

Retomando el tema de la existencia del otro medio de defensa judicial en contra de las entidades accionadas a fin de hacer valer sus derechos, que según aseguró el actor no le fueron reconocidos pese a que se le brindó la información pertinente a los funcionarios que visitaron el predio. No obstante, en la declaración rendida por el accionante ante este Despacho judicial, claramente expuso que no presentó ninguna solicitud formal, reclamación, etc., ante las entidades accionadas a fin de que sus derechos sean garantizados como propietario de la unidad económica productiva.

De igual forma, el accionante no acreditó que se encuentre frente a un perjuicio irremediable, pues como se dijo y resultó demostrado con los estudios y fichas sociales levantadas por las entidades accionadas, el actor forma parte de la unidad familiar, social y productiva de la señora CECILIA MESA TORRES, a quien en su condición de propietaria del inmueble y de la granja “Avestruz”, a ella le fue reconocida la indemnización por los ingresos que dejare de percibir por tal actividad productiva durante seis meses.

Por consiguiente, el Juzgado considera que la pretensión del actor no está llamada a ser controvertida en sede de tutela, ya que el principio de subsidiariedad de la misma, según lo expresado en el artículo 86 de la Constitución, que precisa que “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Respecto de dicho mandato la Corte Constitucional ha expresado en

innumerables pronunciamientos<sup>2</sup> que aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ha manifestado así mismo la Corte en comentario que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica<sup>3</sup>.

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la acción de tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”<sup>4</sup>, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

De este modo, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado o interesada la obligación de desplegar todo su actuar dirigido

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, en las sentencias T-040 de 2009, SU-037 de 2009, T-1048 de 2008, T-913 de 2008, T-772 de 2008, T-1073 de 2007, T-373 de 2007, T-784 de 2006, T-645 de 2006, T-382 de 2006, T-1257 de 2005, T-999 de 2005, T-024 de 2004, T-119 de 2003, T-1120 de 2002, T-105 de 2002, T-151 de 2002, T-1497 de 2000, T-1452 de 2000, T-1290 de 2000, T-1201 de 2000, SU-1193 de 2000, T-982 de 2000, T-815 de 2000, SU-182 de 1998, T-287 de 1997.

<sup>3</sup> Sentencia SU-037 de 2009.

<sup>4</sup> Cfr. Sentencia T-608 de 1998.

a poner en marcha los medios ordinarios de defensa judicial ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela la peticionaria debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 *superior*.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso concreto.

En cuanto a la primera excepción, es decir, la relativa a evitar un perjuicio irremediable, parte de la consideración de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus derechos fundamentales, mientras el juez natural resuelve el caso.

Al respecto, la jurisprudencia “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”<sup>5</sup>

Siguiendo estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.<sup>6</sup>

Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, a juicio de este Despacho en el presente asunto no se avizora – ni sumariamente – la existencia de un perjuicio irremediable que se cierna contra el accionante, lo que sin duda pone en evidencia que esa situación no le ha generado perjuicio y menos de carácter irremediable. Pues como se itera, el accionante es parte de la unidad social y familiar de la

<sup>5</sup> T-494 de 2010.

<sup>6</sup> Sentencias T-634 de 2006 y T-1316 de 2001.

señora CECILIA MESA TORRES, en calidad de esposo y fue aquella quien como propietaria del predio acreditó además, ser la propietaria de la granja productiva “AVESTRUZ”.

En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, se tiene que como quiera que en el presente asunto no se ha acreditado el agotamiento de los recursos ordinarios en sede contenciosa administrativa, los que resultan eficaces, toda vez que existe la posibilidad legal de solicitar medias cautelares que permitan la garantía de prontitud y protección eficaz de los derechos que se debaten, lo que deriva en que la respuesta al problema jurídico subsidiario –sobre la procedencia excepcional de la acción de amparo–, en segundo término también resulta negativa.

Así las cosas, el Juzgado encuentra que el caso expuesto por el accionante no deberá ser abordado en sede constitucional, ya que existe una clara falta de subsidiariedad en su acción, lo que implica una improcedencia de la acción de amparo.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la ley,

### RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por el señor RAFAEL ANTONIO GALVÁN DÍAZ, a nombre propio, en contra de la CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR –, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI– y MINISTERIO DE TRANSPORTE.

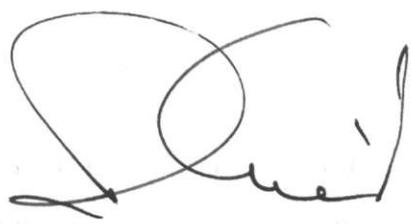
SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión por el medio más expedito.

TERCERO. SIGNIFICAR que contra este fallo procede la impugnación dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO. ENVIAR, de manera oportuna, a la Corte Constitucional el expediente, si no fuese impugnado el fallo.

QUINTO. DAR cuenta de manera oportuna.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EFRAÍN NAVIA LÓPEZ  
Juez

J.E.N.L./Ana Lucía