



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 7000123330002012001401 01 **(51.076)**

Actor: Francisco de Vivero Paniza y otros.

Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Medio de control: Reparación directa (sentencia)

Contenido: Descriptor: Revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar condena a la entidad demandada a pagar los daños ocasionados con la inundación sufrida en los predios de los demandantes en el sector la Mojana – punto José Pineda **Restrictor:** Legitimación en la causa / Caducidad del medio de control de reparación directa / Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado / Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos / Principio de prevención y precaución.

Decide la Sala en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹² contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual resolvió “**NEGAR** las pretensiones de la demanda” y condenar en costas a los demandantes.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el **16 de noviembre de 2012** por Francisco de Vivero Paniza, Lia Josefina García de Martelo, Samuel de Jesús Martelo Pérez y Roberto Antonio Martelo Pérez³, quienes mediante apoderado judicial⁴ y en ejercicio del medio de control de reparación directa contenido en el artículo 140 del C.P.A.C.A, solicitaron que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Nacional de Vías – INVIAS⁵ por los daños y perjuicios ocasionados por el colapso del “*dique a la margen izquierda del río cauca en jurisdicción del municipio de Majagual – Sucre en el tramo comprendido entre la*

¹ Fls.837 - 850 C.P

² Fls.364-411 C.P

³ Fls.1-42 C.1

⁴ Fls.1-22 C.1

⁵ En la demanda inicialmente se solicitó se declare administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes a la Nación – Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías – INVIAS, el Departamento de Sucre y el municipio de San Marcos; no obstante, mediante memorial del 9 de abril de 2013, la parte demandante, reformó la demanda y solicitó excluir como demandados al Ministerio de Transporte, al departamento de Sucre y al municipio de San Marcos. (Fls.562-591 C.3). Reforma a la demanda que fue admitida por el *A quo* mediante auto 29 de agosto de 2013. (Fls.618-621 C.4)



Boca del Canal o “Morro Hermoso y la Cabecera Municipal de Achí – Bolívar, específicamente en el punto conocido como José Pineda”, que afectó los predios de su propiedad.

1.1. Pretensiones⁶: Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes solicitaron condenar a la entidad demandada, a pagar a su favor las siguientes sumas de dinero:

Demandante	Propietario del inmueble	Daño Emergente	Lucro cesante	Daño Moral
Francisco de Vivero Paniza	“Isla de Oro” Matrícula inmobiliaria No. 346-1659.	\$314.000.000.00	\$66.000.000.00	50 SMLMV
Lia Josefina García de Martelo	“Santa Elena” e Matrícula inmobiliaria No. 346-11169	\$156.000.000.00	\$348.000.000.000	50 SMLMV
Samuel de Jesús Martelo Pérez	“Santa Catalina” Matrícula Inmobiliaria No. 346-11170	\$201.000.000.00	- 0.00 -	50 SMLMV
	“San Cristóbal” Matrícula Inmobiliaria No. 346-5507	\$191.500.000.00	- 0.00 -	
Roberto Antonio Martelo Pérez	“Margarita” Matrícula Inmobiliaria No. 346–2530	\$587.000.000.00	\$108.000.000.00	50 SMLMV

1.2 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Subsección sintetiza así⁷:

El día **24 de julio de 2010** colapsó el dique de contención ubicado a la margen izquierda del Río Cauca (Sentido bajando) en jurisdicción del Municipio de Majagual – Sucre en el tramo comprendido entre la Boca del Canal o del Cura o “Morro Hermoso” y la Cabecera Municipal de Achí – Bolívar, específicamente en el punto conocido como “José Pineda”, perteneciente a la región de La Mojana.

En virtud de lo anterior, el **26 de septiembre de 2010** los predios de propiedad de los demandantes sufrieron la inundación que se presentó en la zona denominada “La

⁶ Las presentes pretensiones fueron aclaradas mediante escrito presentado el 9 de abril de 2013 por los demandantes. (Fls.562-591 C.3).

⁷ Fls.5 – 10 C.1



Mojana”, “que arrasó con todo lo que encontró a su paso, tales como cultivos, semovientes, estructuras civiles y demás”.

La parte demandante atribuye la inundación a las fallas que se presentaron durante la construcción y mantenimiento de la obra del dique ubicado al margen izquierdo del río Cauca, a cargo del INVIAS, consistentes en la utilización de material indebido durante la construcción de la represa y la no realización de las obras sugeridas por la Universidad Nacional; y a la falta de toma de medidas de choque tendientes a evitar que el río Cauca penetrara la región “La Mojana” y provocara las inundaciones.

2. El trámite procesal

El Tribunal Administrativo de Sucre el **18 de diciembre de 2012** admitió la demanda⁸.

A continuación, se notificó al Instituto Nacional de Vías – INVIAS seccional Sucre⁹ de la existencia del proceso y el asunto se fijó en lista.

2.1.- Contestación a la demanda y llamamiento en garantía

2.1.1.- El **18 de marzo de 2013**¹⁰⁻¹¹, el apoderado del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, Seccional Sucre, **contestó la demanda** oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por cuanto consideró que

(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva porque de conformidad con los artículos 70 y 189 de la Ley 489 de 1998 – Por la cual se dictan normas de organización y funcionamiento de las Entidades del orden Nacional –dentro de las funciones del INVIAS no se encuentran las relacionadas con la adopción de políticas gubernamentales para la atención de las inundaciones ocasionadas en el país y las afectaciones con ellas generadas. Estas competencias son atribuidas a otros organismos como los ministerios y departamentos administrativos y las gobernaciones y alcaldías.

(ii) La caducidad del medio de control de reparación directa, “*como quiera que la solicitud de la conciliación se presentó el día 30 de agosto de 2012, y debido a que las inundaciones de la Mojana se dieron en abril, junio y julio de 2010, es más que claro y*

⁸ Fls.214 C.2

⁹ Fls.223 C.1

¹⁰ Fls.247 -263 C.2

¹¹ En los mismos términos el 12 de abril de 2013 el ente demandado contestó la reforma a la demanda. (Fls.592-599 C.3)



evidente que la acción se encuentra caducada por haber transcurrido más de 2 años desde que se dieron los hechos”.

(iii) Caso fortuito o fuerza mayor por cuanto *“a pesar de que fue puesto en conocimiento de las Autoridades Gubernamentales”*, la inundación se ocasionó por un hecho de la naturaleza que era imposible resistir.

(iv) Hecho exclusivo y determinante de las víctimas y de los terceros, pues el desbordamiento del Río Cauca es producto de la culpa de los mismo ribereños y personas explotadoras de los recursos naturales quienes con sus labores afectaron el medio ambiente, coadyuvando de esta manera a la concreción de los desastres naturales; especialmente por la explotación indiscriminada de minas oro, la cual destruyó montañas de tierras y vertimiento de millones de metros cúbicos de sedimentos a los lechos de los ríos circundantes.

Sin embargo, la entidad demandada manifestó que el INVIAS y el Gobierno Nacional ejecutaron y realizaron los estudios y los contratos de construcción, conservación y de urgencia manifiesta tendientes a mitigar los daños que se podían ocasionar en la región “La Mojana” por hechos de la naturaleza y culpa de los ribereños.

2.1.2.- El **18 de marzo de 2013**, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS **llamó en garantía** al Servicio Geológico Colombiano (Ingeominas)¹² y al Ministerio de Minas y Energía¹³.

El **29 de agosto de 2013** el Tribunal Administrativo de Sucre resolvió inadmitir el llamamiento¹⁴ en garantía hecho al Servicio Geológico Colombiano, Ministerio de Minas y Energía por cuanto no se encontró demostrado el vínculo legal o contractual entre la entidad demandada y las llamadas en garantía.

3- Audiencia inicial, de pruebas y alegatos de conclusión

3.1.- El **6 de noviembre de 2013** se llevó a cabo la audiencia inicial¹⁵, en la que el Tribunal Administrativo de Sucre saneó el proceso y declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, *“en razón a que uno de los ejes centrales de la controversia y posible imputación del daño deviene de la falta de atención, construcción o mantenimiento a las obras civiles que previenen el desbordamiento del Río Cauca”*¹⁶,

¹² Fls 264 – 265 C2

¹³ Fls.266 - 267 C. 2

¹⁴ Fls.618 - 621 C.4

¹⁵ Fls.634 - 642 C.4

¹⁶ Fl 636 C4



“las cuales [estaban en cabeza del INVIAS y] no fueron realizadas con las especificaciones técnicas requeridas, evidenciándose entonces la injerencia de esa institución en la causación del daño, sumado, a que se desconoció la labor estipulada por el CONPES SOCIAL N° 3421 de 17 de abril de 2006, donde se encargó a éste instituto de adelantar acciones necesarias para ejecutar las obras físicas para el control de las inundaciones en la región de la Mojana”

De esta manera el Tribunal de Primera Instancia fijó el litigio y ordenó abrir el proceso a **pruebas**.

3.2.- Los días **3 de diciembre de 2013**¹⁷ y **19 de febrero de 2014**¹⁸ se llevó a cabo la audiencia en la que se practicaron los medios probatorios decretados y se resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor. Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante¹⁹ y la entidad demandada²⁰ quienes reiteraron lo dicho en instancias anteriores.

4. Concepto del Ministerio público

El **28 de febrero de 2014** el Ministerio Público²¹ rindió concepto en el que consideró que *“se trata de un daño causado por un fenómeno natural, respecto del cual no se probó la omisión, por negligencia o descuido, por parte del Instituto Nacional de Vías – INVIAS. Las afirmaciones contenidas en la demanda no tienen respaldo probatorio suficiente para que resulte procedente la responsabilidad de la entidad demandada. El material probatorio allegado al proceso no permite tener certeza acerca del nexo causal entre el daño y la actividad u omisión de la demanda”*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **20 de marzo de 2014** el Tribunal Administrativo de Sucre decidió negar las pretensiones de la demanda²², por cuanto consideró que *“los actores no lograron demostrar la [responsabilidad de la entidad demandada], pues, no se allegaron al expediente, las pruebas necesarias, para sacar adelante la pretensiones; por el contrario, de la documentación antes analizada, se observa el actuar diligente, eficiente y oportuno,*

¹⁷ Fls.744 - 749 C.4

¹⁸ Fl 767 - 769 C4

¹⁹ Fls.798 - 800 C.14

²⁰ Fls.792 - 797 C.4

²¹ Fls.778 - 791 C.4

²² Fls.814 - 828 C.P



en la ejecución de los contratos por parte de INVIAS, cumpliendo con las directrices, tanto del documento CONPES, como de los estudios realizados por la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín, (...) en ningún momento, se demostró omisión de parte del INVIAS en la construcción de las obras programadas, que dígase por demás, deben entenderse, ante ausencia de prueba en contrario, eran las adecuadas, tanto en consideración de tales, como en su estructura y naturaleza, para mitigar posibles inundaciones. [Adicionalmente] las inundaciones son periódicas en el sector de la Mojana, que con sus respectivos procesos de erosión y sedimentación, crean nuevos rompederos, sedimentan ciénagas y modifican el alineamiento de los caños, cambiando la configuración de la red hídrica, frecuentemente, como lo sostiene el estudio de la Universidad Nacional, y que además de estos procesos naturales, la actividad agrícola y ganadera de la región impactan fuertemente sobre el sistema natural de la Mojana (...)

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El **07 de abril de 2014** la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia porque el *A quo* no tuvo en cuenta ni valoró todas las pruebas, principalmente el informe de gestión y plan de acción jurídico asociado a las fallas de control de inundaciones construidas en la zona de la Mojana, en los que se observan las fallas de la construcción del proyecto y el rompimiento del punto José Pineda, y que demuestran la inadecuada ejecución de las obras contratadas.

Asimismo los apelantes adujeron que se encuentra demostrada la falla por omisión en el servicio en que incurrió la entidad demandada, consistente en no haberse ejecutado la totalidad de las obras necesarias y sugeridas en el estudio técnico de la Universidad Nacional de Medellín y modificar de manera inadecuada y sin soporte técnico los rediseños elaborados por la misma Universidad, así como cambiar la ubicación y destinación del mismo dique marginal; utilizar material distinto al recomendado y especificado; no efectuar el recubrimiento del núcleo recomendado del dique; construir el dique por debajo de la altura requerida y especificada por la Universidad Nacional.

El **2 de mayo de 2014** el Tribunal Administrativo **concedió** el recurso de apelación²³.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

²³ Fls.852 C.P



El **16 de junio de 2014** esta Corporación admitió el recurso de alzada²⁴ y el **9 de septiembre del mismo año**²⁵ corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión. Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante²⁶, quien reiteró lo dicho en otras instancias.

El Ministerio Público guardó silencio en instancia de alegatos.

Encontrándose el expediente al despacho y no hallándose ninguna causal que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a emitir sentencia, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

La Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así:
1.- Legitimación en la causa; 2.- Caducidad del medio de control de reparación directa; 3.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado; 4.- Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos. 5. Principio de Prevención y Precaución, 6.- Caso concreto;

1. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”²⁷, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparecen al proceso en calidad de **demandantes**, quienes aducen ser propietarios de los inmuebles inundados el día 26 de septiembre de 2010, con el desbordamiento del Rio Cauca a la altura de la vereda la Mojana, en el punto conocido como “José Pineda”, a saber los siguientes:

1. Francisco de Vivero Paniza, Propietario del inmueble denominado “*Isla de Oro*”, del cual obra el Certificado de Tradición y Libertad - Matrícula inmobiliaria No. 346-1659,

²⁴ FI.866 C.P

²⁵ FI 868 CP

²⁶ FIs 869 - 878 CP

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.



donde consta que adquirió la propiedad del predio por compraventa elevada a Escritura Pública No. 179 de 22 de febrero de 1994 de la Notaria Única de Corozal, aunque entregó 2 Hectáreas en dación en pago al Municipio de San Marcos, mediante Escritura Pública No. 395 de 31 de agosto de 2007, de la Notaria Única de San Marcos²⁸.

2. Lia Josefina García de Martelo, propietaria del inmueble denominado “*Santa Elena*”, del cual obra el Certificado de Tradición y Libertad - Matrícula inmobiliaria No. 346-11169, donde consta que la demandante adquirió la propiedad del predio por adjudicación en división material, elaborada mediante Escritura Pública No. 309 de 3 de marzo de 2006, de la Notaria 3ª de Sincelejo²⁹.

3. Samuel de Jesús Martelo Pérez, propietario de dos predios, el primero de ellos denominado “*Santa Catalina*”, del cual obra el Certificado de Tradición y Libertad - Matrícula Inmobiliaria No. 346-11170, donde consta que mediante Escritura Pública No. 345 de 28 de diciembre de 1984, por adjudicación en división material el demandante adquirió el predio “*Santa Helena*” en mayor extensión - Folio 346-2529; posteriormente, en Escritura Pública No. 2.225 de 17 de noviembre de 2010 de la Notaria 3ª de Sincelejo, en liquidación de sociedad conyugal al demandante le correspondió el 32% del predio de mayor extensión que, finalmente, fue objeto de división material que se hizo mediante Escritura Pública No. 101 de 2 de febrero de 2011 en la Notaria Única Corozal, donde se dio origen al predio “*Santa Catalina*”, adjudicado a Samuel de Jesús Martelo Pérez³⁰.

Asimismo, el demandante Samuel de Jesús Martelo Pérez comparece al proceso como propietario del predio denominado “*San Cristóbal*”, del cual obra el Certificado de Tradición y Libertad - Matrícula Inmobiliaria No. 346-5507, adquirido por Escritura Pública No. 21 de 18 de febrero de 1992 de la Notaria Única de San Marcos, el que luego le fue adjudicado en liquidación de sociedad conyugal mediante Escritura Pública No. 2.225 de 17 de noviembre de 2010 de la Notaria 3ª de Sincelejo³¹.

4. Roberto Antonio Martelo Pérez, propietario del predio denominado “*Margarita*”, del cual obra el Certificado de Tradición y Libertad - Matrícula Inmobiliaria No. 346-2530, donde consta que en división material realizada mediante Escritura Pública No. 345 de 28 de diciembre de 1984 de la Notaria Única de San Marcos se le adjudicó el inmueble que posteriormente fue objeto de la liquidación de sociedad conyugal elaborada en Escritura Pública No. 250 de 17 de marzo de 2011 de la Notaria Única de Corozal, donde también

²⁸ Fl. 102-103 C. 1

²⁹ Fl. 109 C. 1

³⁰ Fl. 108-109 C. 1

³¹ Fl. 117-119 C. 1



le fue adjudicado³².

Por la otra parte, la demanda fue dirigida contra el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, quien en su contestación excepcionó falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción esta que fue denegada en la audiencia inicial de fijación del litigio.

2.- Caducidad del medio de control de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 164 del C.P.A.C.A., que en su literal i) dispone que la acción de *“reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001³³ y el artículo 102³⁴ del C.P.A.C.A. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada debe ser declarada de oficio por el juez³⁵.

En el caso concreto, las partes manifiestan que la inundación que dio lugar a los daños y perjuicios que aquí se demandan tuvo lugar el **26 de septiembre de 2010**, lo que en principio indica que el término de caducidad vencería el **26 de septiembre de 2012**. Sin embargo, antes del vencimiento del término de caducidad, esto es, el **30 de agosto de**

³² FI. 128-129

³³ ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

³⁴ Artículo 102. *Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.* Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (...) La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

³⁵ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



2012, los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, que tuvo lugar el **30 de octubre de 2012**, fecha en la cual se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio de la entidad demandada³⁶.

Así las cosas, el cómputo de la caducidad se suspendió durante dos meses de manera que su vencimiento se corrió hasta el **26 de noviembre de 2012** y la demanda fue presentada el **16 de noviembre del mismo año**, es decir, dentro del término de caducidad previsto en el literal i) del artículo 164 del C.P.A.C.A.

3.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”³⁷.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*³⁸.

³⁶ Fls.29 C.1

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁸ Ahora bien, la Sala advierte que “en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la



Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo³⁹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4.- Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos.

Se trata de un régimen de responsabilidad que tiene su fundamento constitucional en los artículos 8, 58, 79, 80, 81, 90 y 334 e, igualmente, encuentra su sustento legal en una norma pre-constitucional como es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, según el cual:

“Art. 16. El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones o por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado.”

Se trata de encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado tanto por los daños ambientales, como por los daños ecológicos que se produzcan por la acción, actividad, omisión o inactividad. Frente a lo cual debe precisarse:

(1) La contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos;

(2) La contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, al ser objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico;

formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario. De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio iura novit curia, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 25 de febrero de 2016. Exp.42.925.

39 “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.



(3) La contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera persona o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables;

(4) Se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente [destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una contaminación hídrica o atmosférica], o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio [v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario];

(5) Cuando se trata de la realización o ejecución de obras públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza;

(6) De un mismo fenómeno de contaminación, o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan a bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza;

(7) La concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida⁴⁰.

En ese sentido, el daño ambiental se define como *“las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de la personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [vgr. derecho de propiedad]”*⁴¹. Se comprende, también, que el daño ambiental es *“toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la modificación o alteración*

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁴¹ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.619.



en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas”⁴².

En tanto que el daño ecológico se define como la “*degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no está referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel*”⁴³. Dicho daño, para complementar su definición, comprende la “*destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran*”⁴⁴.

Así las cosas, es necesario traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación, que por medio de la Sección Tercera en la sentencia de 13 de mayo de 2004⁴⁵ consideró que para un caso de derramamiento de petróleo [producido desde la estación de bombeo La Guacamaya del oleoducto Transandino] se podían generar tanto daños ambientales puros por afectación a las aguas del río Rosario y de sus afluentes, como daños ambientales consecutivos consistentes en la afectación del patrimonio los administrados de la región quienes realizaban sus actividades de subsistencia aprovechando los recursos naturales afectados⁴⁶.

⁴² BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.620. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁴³ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., pp.620 y 621.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107. “[...] si se trata de daños ambientales sobre los que el demandante sólo pudo tener aprehensibilidad, discernimiento y conocimiento de las alteraciones, efectos nocivos o molestias en un momento en el que no es posible, probable, o determinable afirmar la certeza de su ocurrencia, acaecimiento o conocimiento, en virtud de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva y de la prudencia, la consideración de la caducidad no puede solucionarse con la simple examinación de la finalización de la (s) obra (s) pública (s), sino que debe procurar considerarse que los daños afirmados en la demanda al ser sucesivos o continuados, o que pueden desencadenar sus efectos propiamente antijurídicos de manera diferida en el tiempo, exigen admitir la demanda para que del acervo probatorio que se recaude y valore pueda con suficientes y adecuados medios determinar al resolver el fondo del asunto si procede declarar o no la caducidad del medio de control de la reparación directa, justificación que permite concluir al Despacho que se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba que en la audiencia inicial declaró la procedencia de la caducidad del mencionado medio de control y en su lugar se ordenará continuar el trámite del proceso en los términos de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG). “Se advierte que aunque, en el caso concreto, la contaminación de las aguas y riberas por donde discurre el río Rosario y sus afluentes, los cuales arrastraron el petróleo, produjo el daño al derecho colectivo al medio ambiente sano (daño ambiental puro) y, por lo tanto, su reparación podía ser objeto de una acción popular, el hecho también repercutió sobre



Igualmente, en la sentencia de 16 de mayo de 2007⁴⁷ se da continuidad a los anteriores fundamentos, y siendo el objeto de la acción de grupo la determinación de daños antijurídicos en la esfera individual de cada individuo [que para el caso se desprendían de la actividad del relleno sanitario El Ojito] no se demostraron los mismos, pese a que existía como causa directa la afectación a un derecho colectivo al ambiente sano y a la salubridad⁴⁸.

Por otra parte, la Sección Tercera en la sentencia de 1 de noviembre de 2012⁴⁹ en el caso del “*Relleno Sanitario de Doña Juana*”, comprende que el derrumbamiento de tal instalación por la saturación que presentaba para el año 1997, podía producir daños ambientales consistentes en la afectación o “*impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno*”. El problema que plantea esta argumentación radica en la forma en la que la Sala asume que los daños ambientales producidos como consecuencia de los diferentes fenómenos de contaminación son uniformes respecto de todos los habitantes de los barrios circunvecinos, ya que de ser cierto esto, se estará afirmando que uno o más de aquellos fenómenos tiene la misma repercusión física, material o inmaterial en todos los sujetos, lo que no ha quedado demostrado para el caso en concreto, impidiendo la determinación del alcance de los mismos daños.

el patrimonio de los pobladores de la región que subsistían de los recursos naturales que fueron afectados con la misma (daño ambiental consecutivo)”.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-23-31-000-2003-00680-01 (AG).

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-23-31-000-2003-00680-01 (AG). “[...] *No debe perderse de vista que aún tratándose de perjuicios derivados de la violación a un derecho colectivo como lo es el del medio ambiente sano, tales perjuicios no se presuponen, pues uno es el daño al derecho colectivo y otro es aquel que repercute en el derecho subjetivo o individual. Al respecto, en el Libro Blanco de la Responsabilidad Ambiental, De manera que existiendo una clara distinción entre los daños colectivos y los daños individuales que de aquéllos se desprenden, debe tenerse absoluta claridad de que cuando se pretende la indemnización de esos perjuicios individuales o, ‘intereses privados’, la carga probatoria del grupo demandante no se encuentra limitada a la acreditación de la vulneración del derecho colectivo, en este caso el medio ambiente y la salubridad pública, sino que necesariamente se extiende a la prueba de esos perjuicios propios y particulares. De igual forma, resulta fundamental destacar que la acreditación de los perjuicios individuales cuya indemnización se pretende, debe hacerse de manera particular y concreta, pues tampoco tiene cabida su valoración en abstracto. En efecto, debido a que en la acción de grupo se indemniza el daño sufrido por el grupo demandante, para lo cual se tiene en cuenta el monto del daño sufrido por cada uno de sus integrantes, la sentencia que se profiera para resolver la acción propuesta debe ser concreta en cuanto al monto de la condena, sin que sea posible, ante la falta de prueba del valor de esos perjuicios, proferir una condena en abstracto, porque, como lo ha precisado la doctrina. En conclusión, se tiene que no están probados los daños individuales de quienes integran el grupo demandante y que según la demanda, tienen su causa directa en la afectación de los derechos colectivos al medio ambiente sano y la salubridad pública, requisito fundamental para determinar la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas demandadas. Siendo así, no hay lugar a analizar los demás elementos constitutivos de la misma”.*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25-000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.



En cuanto a los daños ecológicos la misma sentencia considera que aun invocándose y demostrándose los mismos, al comprender la afectación del derecho colectivo al ambiente sano, su tutela no procede por medio de la acción de grupo que es en esencia individual, sino que debía ejercerse la acción popular, sin perjuicio de lo cual aplica los criterios de conexidad y de vis expansiva que le llevan a concebir que mediando la afectación al ambiente se concreta un daño ambiental, que no ecológico, consistente en la “*violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre*”.

Por otro lado, adecua la falla del servicio por haber faltado al principio de prevención, “*porque el carácter experimental del sistema bajo el cual se operaba el relleno, requería por este motivo una atención mayor del operador y una supervisión intensa por parte de la autoridad administrativa. Aun cuando el diseño original partió de una hipótesis de presión cero, en el proceso se encuentra demostrado que a medida que PROSANTANA ejecutaba el contrato fue necesaria la incorporación de modificaciones, puesto que se evidenciaron comportamientos anormales, como fisuras, movimientos de los taludes, brotes de lixiviados (que denotaban una sobre carga de los mismos), acumulación de lluvias. Por consiguiente, cuando se presentó el derrumbe, el operador ya llevaba prestando el servicio de disposición final aproximadamente tres años, de allí que no resulta admisible que no se hubieran adelantado acciones dirigidas a determinar la causa de las irregularidades presentadas y tratar de eliminarlas o por lo menos disminuirlas. De igual manera, falló el Distrito toda vez que en su función de supervisión no tomó las decisiones necesarias para disminuir el peligro*”⁵⁰.

Del mismo modo, la Sub-sección B de la Sección Tercera en dos sentencias de los años 2013 y de 2014 abordó la determinación de la producción de daños ambientales o de daños ecológicos con ocasión de la aspersion con glifosato. La primera es la sentencia del 30 de enero de 2013⁵¹, en donde no queda claro que se haya establecido la producción de un daño antijurídico ambiental o ecológico, pese a lo cual se comprende que se afectó el ejercicio del derecho de propiedad o las actividades agrícolas o productivas que realizaba, así como se afectaron ciertos bienes ambientales, de naturaleza forestal.

Con relación a la imputación, las anteriores sentencias son dispares porque en la primera se conjuga una especie de adecuación en un daño especial, con una falla en el servicio por no haber determinado que la zona donde se asperjó el herbicida había cultivos lícitos,

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25-000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 22060.



en tanto que en la segunda se apeló al riesgo excepcional al considerarse la erradicación de cultivos ilícitos como una actividad riesgosa o peligrosa.

En tanto que en la sentencia de 20 de febrero de 2014⁵², la Sub-sección B considera que hay dos tipos de daños antijurídicos “daños a un interés colectivo como ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental”⁵³, de modo que el “el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos”⁵⁴.

Es así como, con relación a los daños ambientales puros la sentencia considera que al cuestionar la afectación o vulneración de derechos colectivos, sería la acción popular la

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028. “En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente. Según la Corte Suprema de Justicia en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y “exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las ‘cosas comunes’ que en ocasiones hemos designado como ‘bienes ambientales’ tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar ‘perjuicios ecológicos puros. (...) Así las cosas, los daños irrogados a un interés colectivo afectan a la comunidad, pues el menoscabo se materializa sobre derechos de corte inmaterial cuya titularidad pertenece a toda la colectividad. (...) En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o “daño ecológico puro”, también puede generar perjuicios de naturaleza particular, daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental, conocidos por la doctrina como “daño ambiental impuro”; se trata de un perjuicio consecuencial, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados en muchas de las veces están por establecerse o determinarse, sino también perjuicios individuales y concretos sobre un particular. (...) Esta diferenciación entre los daños que se infligen al ambiente –daño ambiental puro- y los que se ocasionan a los particulares –daño ambiental impuro- ha sido recientemente distinguida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: (...). Daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes. (...). Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.



procedente para su tutela, en tanto que respecto de los daños ambientales impuros es procedente la acción de reparación directa. Singularmente se considera que los primeros daños *“el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente”*⁵⁵.

Por otra parte, la Sub-sección B en la sentencia de 27 de marzo de 2014⁵⁶ con ocasión de los daños producidos por la contaminación acústica generada por la actividad aeroportuaria a una persona que habitaba en la vivienda y desarrollaba prácticas comerciales y económicas, consideró que se produjeron daños ambientales que afectó negativamente la tranquilidad y, en consecuencia, generó perturbaciones, *“por superar las fronteras de la normal tolerancia”*. Se da continuidad a la jurisprudencia afirmando que la *“la afectación ambiental o ecológica, y particularmente esta última, puede generar un daño al interés colectivo a gozar de un medio ambiente sano, y no solo a este sino también a las personas en su concepción integral, esto es vida en condiciones de dignidad, salud, intimidad personal y familiar e integridad patrimonial, evento último en que, de solicitarse su intervención, corresponde al juez de la responsabilidad, previa valoración de las particularidades de la alteración medioambiental, entrar a armonizar los intereses generales, colectivos y subjetivos comprometidos”*⁵⁷.

De esta manera, la sentencia plantea que se deben examinar los daños ambientales ocasionados por contaminación consistentes en *“vertir o emitir sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia de policía ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las adoptadas resultaron insuficientes, pues se terminó afectando el medio ambiente y por contera intereses individuales”*⁵⁸.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687. *“Sin embargo, esta labor, como lo ha destacado la jurisprudencia, no es una tarea sencilla, toda vez que el medio ambiente y el entorno de las actividades humanas que lo alteran, comportan, entre otros, la valoración de múltiples variables, para el efecto los derechos e intereses individuales, generales y colectivos que se ponen en juego e inclusive en tensión, las características de las actividades contaminantes, su regulación, su intensidad y margen de tolerancia, entre otras, con necesaria proyección en la afirmación de los elementos del juicio de responsabilidad, la valoración de los medios de prueba y las medidas de reparación”*.



Ahora bien, la Sub-sección C en la sentencia de 12 de noviembre de 2014⁵⁹ considera que se produjeron daños ambientales derivados de las inundaciones de los predios, pese a que se produjeron daños ecológicos que se representaban en la afectación del humedal “El Lago”.

Finalmente, la jurisprudencia en cuanto a la determinación, tasación y liquidación de los rubros de reparación, la jurisprudencia reconocen perjuicios inmateriales [perjuicios morales], y perjuicios materiales [daño emergente y lucro cesante]. Excepcionalmente se reconoció y ordenó la reparación de perjuicios ecológicos, como ocurrió en la sentencia de la Sub-sección B de 30 de enero de 2013 [expediente 22060] en la que se determinó la obligación del Estado de ejecutar la reforestación forestal de un área.

5.- El principio de prevención y precaución

Con el propósito de proteger el medio ambiente, la salud de las personas y sus demás bienes jurídicos tutelados, se ha previsto la adopción de medidas preventivas o cautelares que constituyen concreción y desarrollo de dos principios medulares del Derecho ambiental como son el principio de prevención, de un lado y el principio de precaución, de otro, cuyo postulado general es, simplemente, el imperativo consistente en precaver o prever el daño y evitar su concreción, antes de que se produzca.

En este sentido, la doctrina ha definido que *"[E]n materia ambiental son necesarias aquellas acciones que se anticipan a prevenir cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a verificar, e intentar a posteriori reparar, los daños ambientales"*⁶⁰; en razón a lo cual surgen los principio de precaución y prevención, no como conceptos análogos sino como criterios que deben adoptarse dadas las circunstancias de cada caso concreto, de donde surge su diferenciación.

En este sentido, **el principio de prevención** encuentra origen y fundamento en el Derecho Internacional tanto en los artículos –principios– 2, 4 y 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972, como en el artículo 130-P-2) del Tratado de Maastricht⁶¹, instrumentos que

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 30874.

⁶⁰ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, 3ª. edición, Madrid, Dykinson, 1991, p. 352.

⁶¹ Tratado de la Unión Europea, del 7 de febrero de 1992, cuya citada disposición establece lo siguiente: *"2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio*



subrayan la importancia del principio de prevención al punto de señalar que, de aplicarse el mismo eficientemente, los restantes principios del Derecho ambiental prácticamente perderían su razón de ser⁶²

El principio de prevención, tiene lugar ante la constatación de la existencia de riesgos respecto de los cuales resulta posible conocer las consecuencias que podría tener sobre el ambiente, la salud y los bienes de las personas, e impone a las autoridades competentes la adopción de medidas efectivas para anticiparse a la concreción del riesgo y evitar la causación del daño o, por lo menos, reducir sus repercusiones, de modo que subyace como la evaluación del riesgo y su impacto, de modo que precisa de la posibilidad de conocer los hechos y reaccionar frente a ellos con antelación al daño.

Por su parte, en tratándose del **principio de precaución** o de cautela, debe preverse que este tiene lugar ante situaciones de riesgo con un amplio margen de incertidumbre, ya sea frente a su existencia, las condiciones de su concreción o ante la magnitud del daño que puede sobrevenir. En otras palabras, el principio de precaución tiene aplicación ante aquellas situaciones donde el conocimiento científico no permite alcanzar la certeza absoluta sobre las consecuencias precisas que acarrearía alguna situación o actividad.

En este sentido, *“los autores franceses distinguen prevención y precaución de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una acción determinada. Si se conocen estas consecuencias, se deben prevenir. Si, en cambio, no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomar todas las precauciones necesarias. Así Marine Friant-Perrot, en su Curso de derecho agroalimentario, explica la aplicación de estos principios según el tipo de riesgo: si éste ya se ha producido, se aplica el principio de reparación o responsabilidad; si es probado, se aplica el principio de prevención; si es sospechado, se aplica el principio de precaución, y si es desconocido o se trata del llamado de riesgo del desarrollo, el principio que aplica es el de exoneración (...) en la prevención uno sabe que si realiza tal acción el daño es cierto; por eso se debe prevenir. En tanto que en la precaución las medidas son tomadas ante el desconocimiento o duda de lo que puede venir. En esta interpretación,*

ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a tales exigencias incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control”.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 4 de noviembre de 2015, Exp. 37.603.



*ambos principios encuentran fundamento y son dos manifestaciones de la prudencia*⁶³
(subrayas añadidas).

Al contenido del principio de precaución se hizo sucinta referencia en la Proclama No. 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano –Estocolmo, 1972⁶⁴– y formalmente vino a quedar recogido en el Derecho Internacional con la Convención de las Naciones Unidas sobre cambio climático suscrita en Río de Janeiro en 1992 –incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 164 de 1994–, en su artículo 3-3⁶⁵.

Asimismo, el principio de precaución fue recogido por la Ley 99 de 1993 en su artículo 1, numeral 6, declarado exequible por la Corte Constitucional, que frente a su naturaleza, propósito y alcance precisó:

“Al leer detenidamente el artículo acusado, se llega a la conclusión de que, cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos :

- 1. Que exista peligro de daño;*
- 2. Que éste sea grave e irreversible;*
- 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta;*
- 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.*
- 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.*

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de

⁶³ PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al medio ambiente*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 97-98.

⁶⁴ En la referida Proclama No. 6 se expresó lo siguiente:

“Hemos llegado a un momento en la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre”.

⁶⁵ Dicho precepto establece: *“3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible...”.*



precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, por este aspecto, no prospera el cargo del actor⁶⁶ (negritas añadidas, subrayas en el texto original).

También ha señalado la Corte Constitucional que aunque el principio de precaución hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, realmente *“se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta⁶⁷ y que esa constitucionalización deriva del deber impuesto a las autoridades “de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente⁶⁸”*. De manera que *la duda favorece el ambiente - in dubio pro natura*.

Ahora bien, tanto el principio de prevención como el de precaución imponen en cabeza de las autoridades públicas competentes, según sea el caso, la obligación de fijar las medidas de carácter preventivo o precautivo que permitan evitar o reducir la concreción de los riesgos o amenazas, y con ello la concreción de daños en el medio ambiente, en la salud de las personas y, en general en sus bienes jurídicamente tutelados.

Así, dentro del conjunto de herramientas normativas dispuestas para garantizar la efectividad de los principios de prevención y precaución se encuentra, por ejemplo, la Ley 1333 de 2009 y las decisiones proferidas por la Corte Constitucional sobre la materia, así como aquellas proferidas por esta Corporación en su calidad de máximo tribunal de lo contencioso administrativo, toda vez que en estos instrumentos se encuentran las directrices que deben seguirse ante el alcance, la aplicación e implementación de los principios ambientales.

Sin embargo, además de los mecanismos legales, constitucionales o convencionales, o de los instrumentos jurisprudenciales, debe preverse que el principio de prevención y precaución exige del Estado, de las autoridades públicas y de los particulares que colaboran con ellas la obligación de definir e implementar los mecanismos tendientes a materializar y efectivizar la aplicación de sus postulados, mediante la adopción de medidas que prevean o precavan la concreción de riesgos o amenazas, pese a la falta de

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002; Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibídem.



certeza absoluta sobre su existencia. Pero, la efectivización de estos principios, así como exige la definición de mecanismos idóneos de prevención y precaución, también demanda su ejecución eficiente y eficaz.

6.- Caso concreto

El principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad demandada, es decir, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demandada.

En lo que respecta a la configuración del **daño antijurídico**, con el material testimonial obrante dentro del plenario, la Sala encuentra probado que el 26 de septiembre de 2010, resultaron inundados los predios de propiedad de los demandantes, esto es, los predios denominados Isla de Oro, Santa Helena, Santa Catalina, San Cristóbal y Margarita, ubicados en el municipio de San Marcos – Sucre, sector Mojana – José Pineda.

A la sazón, los testigos José del Carmen Betty Lobo e Iván José Hernández Méndez informaron que la finca **Isla de Oro** se vio gravemente afectada por la inundación y como consecuencia de ella el ganado tuvo que ser inmediatamente trasladado a otras fincas, así como también se perdieron las cercas instaladas y los pastos mejorados que servían para la ganadería.

Asimismo, los testigos Antonio José Santacruz Santos, tractorista y trabajador desde 1980 de las fincas **Santa Helena, Santa Catalina, San Cristóbal y Margarita**, Garibaldo Antonio Vergara Cárdenas y Elkin Armando Zabaleta Yépez, respectivamente administrador y cuidandero de las mismas fincas, también informaron sobre la ocurrencia de la inundación que tuvo lugar el 26 de septiembre de 2010 y que afectó los mencionados predios, donde, igualmente, se vieron obligados a movilizar inmediatamente el ganado y se perdieron las cercas y los pastos mejorados destinados a la ganadería.

Las anteriores circunstancias, se encuentran reiteradas en el dictamen que corrobora la inundación de los predios propiedad de los demandantes, y especifica los perjuicios que este hecho causó, sobre los cuales habrá lugar a referirse en el evento en que el daño antijurídico resulte imputable a la entidad demandada, para su respectiva indemnización.

Ahora bien, dada la configuración del daño antijurídico, la Sala procede a adentrarse en el **juicio de imputación**, en cuyo efecto acoge el problema jurídico planteado desde la fijación



del litigio, circunscrito a determinar si “¿hay lugar a declarar la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, por el acaecimiento de las inundaciones presentadas en el Municipio de San Marcos – Sucre, específicamente en los predios anunciados por cada uno de los actores, con ocasión de la ola invernal del año 2010, ante la presunta omisión en ejecutar las obras civiles con las especificaciones técnicas adecuadas que previnieran la causación de ese siniestro natural?”

A la sazón, la Sala prevé que los testigos antes mencionados fueron coincidentes en atribuir la inundación de los predios al rompimiento de un “boquete” o dique del Río Cauca, a la altura del punto denominado “José Pineda”, y así lo señala el escrito de demanda que, además, atribuye este hecho a la serie de omisiones en las que incurrió la entidad demandada durante la construcción del muro y la ejecución de los contratos celebrados para el efecto.

Sobre el asunto, se observa el Informe de Gestión y Plan de Acción Jurídico Asociado a las Fallas de las Obras de Control de Inundaciones Construidas en el Sector de la Mojana – elaborado por el Instituto Nacional de Vías – Subdirección Marítima y Fluvial, suscrito por HOLBERT CORREDOR ROMERO en el segundo semestre de 2012⁶⁹, donde quedó establecido que como resultado de los estudios realizados por el Gobierno de Colombia en cooperación con el Gobierno de Italia y la FAO se logró la inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 el programa “*Hacia un Estado Comunitario*” cuyo objetivo era “*mejorar la calidad de vida y bienestar social de los pobladores de la eco región de la Mojana*”, dentro del cual se contempló el que fue denominado “*Megaproyecto dique - a - canal - carretera*”, consistente “*en la construcción de un dique con compuertas - canal - carretera- que va desde la población de Colorado en Nechí (Antioquia) hasta la población de Guaranda (Sucre) donde se une al proyecto transversal de La Mojana (...) para el control de las inundación en la legión La Mojana*”, en cuyo efecto se celebró el Contrato Interadministrativo para el estudio frente al control de inundaciones en la Región de la Mojana, con la Universidad Nacional con sede en Medellín, “[e]studio (...) [que] permitió el diseño de un dique marginal de 52.2 km entre Colorado (Antioquia) y Las Brisas (Bolívar), y diques de cierre en Colorado, Caimital, Guaranda y Boca del Cura – Achí, para totalizar una protección de 87 km a lo largo del Río Cauca”, para lo cual también se emitió el documento Conpes 3421 de 17 de abril de 2006⁷⁰

Así las cosas, la primera conclusión forzada que encuentra la Sala se da en el conocimiento previo que las autoridades administrativas tenían frente a la necesidad de diseñar y ejecutar las obras tendientes a evitar las inundaciones y desbordamientos del Río Cauca en la

⁶⁹ CD Fl. 658 del C. 3

⁷⁰ Fl. 57-92 del C. 1



Región de la Mojana, en cuyo efecto el Instituto Nacional de Vías INVIAS celebró una serie de contratos que fueron supervisados por Alfonso José Mercado Ulloa, Ingeniero Civil del INVIAS – Sucre, quien durante audiencia de pruebas informó que estos son los contratos números 3409 de 2006, 3412 de 2006, 3416 de 2006 y 3417 de 2006, los cuales estaban distribuidos en diferentes sectores, así: El contrato 3417 desde el kilómetro 0 hasta el kilómetro 12; el contrato 3409 desde el kilómetro 12 hasta el kilómetro 25; el contrato 3416 desde el kilómetro 25 hasta el kilómetro 38 y el contrato 3412 desde el kilómetro 25 hasta el kilómetro 57.

Asimismo, el ingeniero informó que el objeto de estos contratos era la construcción del Dique Marginal de la parte izquierda del Río Cauca, con el objetivo de controlar las inundaciones en épocas de invierno que siempre desbordan al margen izquierdo.

Ahora bien, lo anterior se encuentra corroborado en la prueba documental obrante dentro del plenario, de donde se infiere que desde el 2006 se presentaron situaciones de urgencia en el Río Cauca a la altura de la vereda Mojana, que fueron atendidas por el INVIAS mediante la suscripción de diferentes contratos y la destinación de cuantiosos presupuestos, concretamente destinados a la construcción de diques marginales y la atención de obras de emergencia para el sector la Mojana, pues se insiste, las autoridades habían evidenciado que el dique artesanal existente en la orilla izquierda del Río Cauca era insuficiente para soportar la ola invernal sufrida en desde el año 2006 y hasta el 2010, cuando se presentaron los hechos aquí analizados.

Así, dentro del plenario se encuentran acreditados una serie de contratos suscritos por el Instituto Nacional de Vías –INVIAS, entre los años 2006 y 2009 para atender las situaciones de urgencia que representaba el Río Cauca en la región de la Mojana y circundantes, a saber los siguientes:

- Contrato N° 822 del 12 de mayo de 2006: **“OBJETO (...) la “URGENCIA MANIFIESTA EN EL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO SAN JACINTO DEL CAUCA REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR FRENTE AL TRABAJO N°1”**, por un valor de \$1´999. 949.826.00 y un plazo de 4 meses⁷¹.

- Contrato N° 823 del 12 de mayo de 2006: **“OBJETO: (...) la “URGENCIA MANIFIESTA EN EL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO SAN JACINTO DEL CAUCA**

⁷¹ Fls 275-285 C2



REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR FRENTE AL TRABAJO N°2”, por un valor de \$1´999.697.871.00, y un plazo de 4 meses⁷²

- Contrato N° 827 del 12 de mayo de 2006: “OBJETO: (...) **“INTERVENTORÍA PARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO SAN JACINTO DEL CAUCA REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR”**”, por un valor de \$299´900.000.00”, por un plazo de 4 meses⁷³

- Contrato N° 829 del 12 de mayo de 2006: “OBJETO: (...) **LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO SANTA ANITA REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**”, por un valor de \$599´883.352.00, por un plazo de 3 meses⁷⁴

- Contrato N° 861 del 30 de mayo de 2006: “OBJETO: (...) **LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO LA MEXICANA MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEL CAUCA - BOLIVAR REGIÓN DE LA MOJANA**”, por un valor de \$1´499.699.065, por un plazo de 3 meses⁷⁵

- Contrato N° 863 del 31 de mayo de 2006: “OBJETO: (...) **INTERVENTORÍA PARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL SITIO CONOCIDO COMO LA MEXICANA MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEL CAUCA – PERTENECIENTE A LA REGIÓN DE LA MOJANA**”, por un valor de \$179.282.640, por un plazo de 3 meses⁷⁶

- Contrato N° 864 del 1 de junio de 2006: “OBJETO: (...) **LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL SITIO CONOCIDO COMO CAREGATO REGIÓN DE LA MOJANA, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECTOR SAN JACINTO**”, por un valor de \$2´299.497.8245, por un plazo de 3 meses⁷⁷

- Contrato N° 865 del 1 de junio de 2006: “OBJETO: (...) **INTERVENTORÍA PARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL SITIO CONOCIDO COMO BRISAS DEL RÍO MUNICIPIO GUARANDA PERTENECIENTE A LA REGIÓN DE LA MOJANA**”, por un valor de \$69.989.760, por un plazo de 1,5 meses⁷⁸

⁷² Fls 286-297 C2

⁷³ Fls 298 - 307 C2

⁷⁴ Fls 318 - 328 C2

⁷⁵ Fls 329 - 340 C2

⁷⁶ Fls 341 - 349 C2

⁷⁷ Fls 351 - 363 C2

⁷⁸ Fls 364 - 372 C2



- Contrato N° 866 del 1 de junio de 2006: “**OBJETO: (...) INTERVENTORÍA PARA LA URGENCIA MANIFIESTA DEL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO CAREGATO REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECTOR SAN JACINTO**”, por un valor de \$194.333.640, por un plazo de 3 meses⁷⁹

- Contrato N° 867 del 1 de junio de 2006: “**OBJETO: (...) LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL SITIO CONOCIDO COMO BRISAS DEL RÍO MUNICIPIO DE GUARANDA PERTENECIENTE A LA REGIÓN DE LA MOJANA**”, por un valor de \$446´721.378, por un plazo de 1,5 meses⁸⁰

- Convenio Interadministrativo N° 1170 del 8 de agosto de 2006, con la Gobernación del Departamento de Bolívar: “**OBJETO INCORPORAR RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE REGALIAS PARA QUE EL INVIAS ADELANTE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN Y ADECUACIÓN EN AL REGIÓN DE LA MOJANA SECTOR DE LA JURISDICCIÓN DE SAN JACINTO DEL CAUCA – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**”, por un valor de \$13´680.000.000, por un plazo de 6 meses⁸¹

Contrato N° 1211 del 11 de agosto de 2006: “**OBJETO: (...) la INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y AMBIENTAL DE LOS SIGUIENTES PUENTES: (...), 3- CONSTRUCCIÓN PUENTE PEATONAL CAÑO MOJANA, MUNICIPIO DE MAJAGUAL, DEPARTAMENTO DE SUCRE**”, por un valor de \$94´673.544.00, en un término de (4) meses⁸².

- Copia del Contrato N° 1223 del 14 de agosto de 2006: “**OBJETO: (...) PEATONAL COÑO MOJANA, MUNICIPIO DE MAJAGUAL DEPARTAMENTO DE SUCRE**”, por un valor de \$125´944.043.00, en un término de (3.5) meses⁸³.

- Contrato N° 137 del 30 de agosto de 2006: “**OBJETO: (...) la URGENCIA MANIFIESTA EN EL SITIO CONOCIDO COMO ZARBANDA MUNICIPIO DE ACHÍ PERTENECIENTE A LA REGICÓN MOJANA**”, por un valor de \$1´192.796.381.00, en un término de (3) meses⁸⁴

- Contrato N° 1695 del 28 de septiembre de 2006: “**OBJETO: (...) INTERVENTORIA para la URGENCIA MANIFIESTA DEL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO**

⁷⁹ Fls 374 - 382 C2

⁸⁰ Fls 384 - 395 C2

⁸¹ Fls 398 - 401 C2 – C3

⁸² Fls 402 – 407 C3

⁸³ Fls 407 - 415 C3

⁸⁴ Fls 416 - 427 C3



LA BOCA DE LOS MOCHOS MUNICIPIO DE GUARANDA PERTENECIENTE A LA REGIÓN DE LA MOJANA”, por un valor de \$119´997.360, en un término de (3) meses⁸⁵.

- Contrato N° 2218 del 15 de noviembre de 2006, (...) **“OBJETO: (...) INTERVENTORIA para la URGENCIA MANIFIESTA DEL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO CAREGATO REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECTOR SAN JACINTO”**, por un valor de \$29´922.760, en un término de (1) meses⁸⁶.

- Contrato N° 2353 del 23 de noviembre de 2006: (...) **INTERVENTORIA para la URGENCIA MANIFIESTA DEL RÍO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO SAN JACINTO DEL CAUCA REGIÓN DE LA MOJANA EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**”, por un valor de \$40´700.000, en un término de (21) días⁸⁷.

- Contrato N° 3409 del 31 de diciembre de 2006: **“OBJETO: construcción de dique marginal desde COLORADO HASTA GUARANDA K12 + 000 – K25+000 Y DEL K52 +160 A K67 + 8002”**, por un valor de \$24´330.982,793, en un término de (3.5) meses⁸⁸.; Adicional N° 1 del 2 de mayo de 2008 por valor de \$3´300.000.000 y Adicional N° 2 del 19 de agosto de 2008 en la suma de \$3´500.000.000⁸⁹; Adicional N° 3 del 26 de febrero de 2009, prórroga de 5 meses⁹⁰; Adicional N° 4 del 7 de abril de 2009, en la suma de \$1´100.000.000⁹¹; Adicional N° 5 del 4 de junio de 2009 en la suma de \$10´000.000.000 y 3 meses⁹²; Adicional N° 6 del 29 de marzo de 2010 en la suma de \$10´000.000.000 y el plazo del contrato hasta el 30 de abril de 2010⁹³.

Igualmente de este contrato obra el Acta de entrega y recibo definitivo de interventoría⁹⁴ y el Acta de Liquidación suscrita el 24 de mayo de 2012⁹⁵.

- Contrato N° 3412 del 31 de diciembre de 2006: **“OBJETO: construcción de dique marginal desde COLORADO HASTA GUARANDA K38 + 000 – K52+000 de acuerdo con el pliego de condiciones de Licitación N° SMF – 334 de 206”**, por un valor de \$14´207.239,151, en un término de (28) meses⁹⁶; Adicional N° 2” suscrita el 26 de febrero

⁸⁵ Fls 436- 444 C3

⁸⁶ Fls 445 - 454 C3

⁸⁷ Fls 455 - 464 C3

⁸⁸ Fls 407 - 415 C3

⁸⁹ Fls 705 – 706 C4

⁹⁰ Fls 707 - 708 C4

⁹¹ Fls 709 - 710 C4

⁹² Fls 711 – 716 C4

⁹³ FI 717 – 718 C4

⁹⁴ Fls 695 -704

⁹⁵ FI 719 C4

⁹⁶ Fls 475 - 482 C3



de 2009 para adicionar la suma de \$2'500.000.00⁹⁷ y Adicional N° 3 del 5 de junio de 2009 en la suma de \$5.000.000.000.⁹⁸

- Contrato N° 3413 del 31 de diciembre de 2006: “OBJETO: INTERVENTORIA para la CONSTRUCCIÓN DEL DIQUE MARGINAL desde COLORADO HASTA GUARANDA K0 + 000 – K67+800 de acuerdo con el pliego de condiciones de Licitación N° SMF - 335”, por un valor de \$4'488.144.798,00, en un término de (28) meses⁹⁹; Adicional No. 1 por valor de \$99'995.712, suscrita el 19 de octubre de 2007¹⁰⁰; Adicional N° 2 del 27 de abril de 2009, en la suma de \$927'925.008¹⁰¹; Adicional N° 3 del 5 de noviembre de 2009 en la suma de \$542'628.530¹⁰²; Adicional N° 4 del 30 de marzo de 2010, en la suma de \$420.000.000.00, y su vigencia hasta el 31 de Agosto de 2010¹⁰³; Adicional N° 5 del 7 de septiembre de 2010 en un valor de \$117.301.121¹⁰⁴; Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Interventoría al Contrato N°3413 de 2006¹⁰⁵.

- Contrato N° 3416 del 31 de diciembre de 2006: “OBJETO: construcción de dique marginal desde COLORADO HASTA GUARANDA K26 +000 - K38 + 000, –de acuerdo con el pliego de condiciones de Licitación N° SMF – 333 de 0”, por un valor de \$15'209.152.155.00, en un término de (28) meses¹⁰⁶.

- Contrato N° 3417 del 31 de diciembre de 2006: “OBJETO: construcción de dique marginal desde COLORADO HASTA ACHÍ K0 + 000 – K12+000 de acuerdo con el pliego de condiciones de Licitación N° SMF – 331 de 2006”, por un valor de \$10'877.294.300,00, en un término de (24) meses¹⁰⁷.

- Contrato N° 0032 del 27 de febrero de 2007: “OBJETO: (...) realizar el ESTUDIO HIDRÁULICO PARA LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS EN LA REGIÓN DE MOJANA (LA MEXICANA, LOS MOCHOLOS, ACHÍ Y AYAPEL) (...)” por un valor de \$42'946.355, en un término de 45 días¹⁰⁸.

- Contrato N° 1447 del 27 de junio de 2007: “OBJETO: (...) ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA EN EL RIO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO MANO DE DIOS

⁹⁷ Fls 689 - 690 C4

⁹⁸ Fls 691 - 694 C4

⁹⁹ Fls 483 - 488 C3

¹⁰⁰ Fls 665 – 666 C4

¹⁰¹ Fls 669 - 670 C4

¹⁰² Fls 671 - 672 C4

¹⁰³ Fls 673 – 674 C4

¹⁰⁴ Fls 675 – 676 C4

¹⁰⁵ Fl 677 – 682 C4

¹⁰⁶ Fls 489 - 498 C3

¹⁰⁷ Fls 499 - 506 C3

¹⁰⁸ Fls 507 -515 C3



REGIÓN DE LA MOJANA, MUNICIPIO DE ACHÍ, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR(...)”, por un valor de \$1´911.564.091, en un término de 4 meses¹⁰⁹.

- Contrato N° 1448 del 27 de junio de 2007: “**OBJETO: (...) ATENCIÓN de OBRAS DE EMERGENCIA EN EL RIO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO TENCHE REGIÓN DE LA MOJANA, MUNICIPIO DE SAN JACINTO DEL CAUCA DEPARTAMENTO DE BOLIVAR (...)**”, por un valor de \$1´137.325.906, en un término de 4 meses¹¹⁰.

- Contrato N° 1449 del 27 de junio de 2007: “**OBJETO: (...) ATENCIÓN de OBRAS DE EMERGENCIA EN EL RIO CAUCA - REGIÓN DE LA MOJANA- EN EL SITIO CONOCIDO COMO JUNIN, MUNICIPIO DE NECHI DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA (...)**”, por un valor de \$1´499.876.963, en un término de 4 meses¹¹¹.

- Contrato N° 15069 del 12 de julio de 2007: “**OBJETO: INTERVENTORIA PARA LA ATENCIÓN DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL RIO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO MANO DE DIOS REGIÓN DE LA MOJANA EN EL MUNICIPIO DE ACHÍ DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**”, por un valor de \$199´972.400.00, en un término de (4) meses¹¹².

- Finalmente dentro de los contratos suscrito por el INVIAS, se observa el Contrato N° **0514 de 2009**, suscrito el 11 de junio de 2009, con el “**OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN CONTRA INUNDACIÓN EN EL MUNICIPIO DE ACHÍ – BOLÍVAR MARGEN IZQUIERDA DEL RÍO CAUCA, SECTORES BOCA DEL CURA – ACHÍ, TRAMO FINCA JOSE PINEDA Y TRAMO DEL CAÑO CAIMANCITO**”, por valor de \$65´000.000.000 y plazo hasta el 31 de diciembre de 2009¹¹³; Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Interventoría¹¹⁴.

Es de anotar que, luego de ocurrida la inundación, el **9 de noviembre de 2010**, la interventoría de este contrato, en el informe correspondiente a la semana 1, en el resumen general del estado del contrato hizo constar: “*se evidencia el atraso de las obras por incumplimiento de la administración municipal de Achí*” y en las observaciones anotó que “*se debe realizar el realce de jarillón inmediatamente, ya que el nivel del rio cauca*”

¹⁰⁹ Fls 523 - 531 C3

¹¹⁰ Fls 532 - 540 C3

¹¹¹ Fls 542 - 553 C3

¹¹² Fls 542 – 554 - 558 C3

¹¹³ Fls 726 - 730 C4

¹¹⁴ Fls 731 – 733 C4



está aumentando “aumentando” (sic) y el jarillón existente no da garantías para control de desbordamiento”¹¹⁵.

Asimismo, en el informe de interventoría correspondiente a la semana 2 se hizo constar que *“se evidencia el atraso de las obras por incumplimiento de la administración municipal de Achí y el plazo para la entrega de las obras ha culminado”* en razón a lo cual el interventor dejó como observaciones: *“no se cumplió con los objetivos del convenio por la negligencia del municipio de Achí, el cual nunca justificó las demoras en la ejecución de las obras”¹¹⁶.*

Así las cosas y visto el material documental que antecede, y sin que esta afirmación conlleve un estudio de legalidad en la ejecución de los contratos antes citados, la Sala podría concluir, como lo hizo el *A quo*, que el INVIAS realizó todos los actos propios para atender y evitar las situaciones de urgencia presentadas por el Río Cauca, particularmente en lo que respecta a los desbordamientos e inundaciones producidas en la orilla izquierda en el sector de la Mojana, ya que todos estos contratos se justificaron en la protección de la orilla del río, protección y reforzamiento del dique existente – artesanal, prevención de desastres, desbordamientos e inundaciones consecuencia del comportamiento del río y de la ola invernal, se insiste, ante lo cual, en principio, podría afirmarse que las obras contratadas demuestran la diligencia en la actuación del INVIAS, como lo concluyó la primera instancia.

Sin embargo, la Sala procederá a revisar el asunto, concretamente, frente a los hechos que dieron lugar a la inundación del sector conocido como “José Pineda” donde se encuentran ubicados los predios de los demandantes, frente al cual, el Ingeniero Alfonso José Mercado Ulloa especificó que sobre este sector se debía ejecutar la obra correspondiente al Contrato No. 3412, porque los inmuebles se encuentran localizados específicamente entre el kilómetro 38 y el kilómetro 52, pero pese a la contratación, en este sector no hubo un dique marginal, en palabras del mencionado ingeniero, *“(…) en el sitio donde se rompió dique no se intervino, porque previamente se le había informado al instituto que los recursos no alcanzaban para intervenir ese sitio, y quedó mediante oficios y acta, de no intervenir el sitio por donde se rompió el río, porque estaba demasiado comprometido con la socavación del Río Cauca (...) en vista que allí se presentó una falla de socavación se le informó al instituto que ese sitio no se podía intervenir, por lo cual no se ejecutó ninguna obra”*; reiteró en Ingeniero: *“no se ejecutaron obras, en el sitio de José Pineda”*.

¹¹⁵ FI. 1128 C5

¹¹⁶ Oficio OPA 15996 del 29 de abril de 2011 (FI 1129 C5)



En este sentido el Ingeniero aclaró que la socavación del río “*no fue prevista durante los presupuestos y los recursos, por lo cual se decidió no intervenirlo*”¹¹⁷.

De manera que en el sector de José Pineda no se construyó el dique marginal, tampoco se hizo el realce del dique artesanal existente, ni se construyeron los diques fusibles recomendados por la Universidad Nacional “*para controlar la cuota de inundación de la zona, es decir cuando el río llega el agua comienza a verter por ese dique fusible, porque en otras palabras son unos vertederos (...) es una obra complementaria para nivelar, para que las crecientes estimadas cuando lleguen comience a evacuar parte del agua por ese sector*”¹¹⁸

A la sazón, el ingeniero manifestó que los diques en este sector no se hicieron por cuestiones de predios o de recursos, y en este sentido aclaró que la omisión no obedeció a factores imputables al INVIAS sino a problemas del suelo, de sedimentaciones y fallas que presentaba el terreno¹¹⁹.

En este sentido se prevé que ante la no construcción de los diques diseñados por la Universidad Nacional con sede en Medellín, “*el Dique que Colapsó, fue el Dique Artesanal en el sitio José Pineda, colapsó porque la ola invernal fue tan fuerte que socavó la costa y la orilla del río, y ello comprometió el dique artesanal (...) la inundación se ocasionó por el Colapso del dique artesanal existente*”¹²⁰, como lo informó el mismo ingeniero.

Entonces, debe preverse que ha quedado acreditado que el **Contrato N° 3412, suscrito entre el INVIAS y el Consorcio Supremo 334 el 31 de diciembre de 2006, tuvo por objeto la construcción de un nuevo dique marginal que reforzaría el artesanal existente, desde COLORADO HASTA GUARANDA, esto es, desde el K38 y hasta el K52**, como bien lo informó el Ingeniero Alfonso José Mercado Ulloa en su testimonio; de donde se concluye que el punto denominado “*José Pineda*” hizo parte del objeto contratado, es decir, no fue excluido de la obra a construir, toda vez que el objeto del negocio incluyó la totalidad del trayecto comprendido entre el kilómetros 38 y el kilómetro 52, trayecto dentro del cual se encontraban ubicados los predios de los demandantes, según lo testificó el mismo ingeniero del INVIAS – Sucre, correspondiente al sector “*José Pineda*”.

Sin embargo, se resalta que por cuestiones de predios y recursos, y problemas del suelo, de sedimentaciones y fallas que presentaba el terreno, en el sector José Pineda no se

¹¹⁷ CD6- audiencia de pruebas, cuaderno N° 7 – Expediente 51.076

¹¹⁸ CD6- audiencia de pruebas, cuaderno N° 7

¹¹⁹ CD6- audiencia de pruebas, cuaderno N° 7 – Expediente 51.076

¹²⁰ CD6- audiencia de pruebas, cuaderno N° 7 – Expediente 51.076



construyó el dique marginal, tampoco se hizo el realce del dique artesanal existente, ni se construyeron los diques fusibles recomendados por la Universidad Nacional para controlar las inundaciones, por el contrario, la obra solo se ejecutó *“hasta donde comenzaba la falla, y lo que continuaba luego de la falla”*, de lo cual se evidencia que el sector José Pineda continuó expuesto a los riesgos de inundación y a la insuficiencia del dique artesanal existente que, finalmente, colapsó, pese a la suscripción de contratos y destinación de recursos presupuestales para su reforzamiento y, además, sin que ninguna constancia documental se dejara al respecto, por el contrario, la obra se recibió a satisfacción y se pagó en su totalidad.

OBJETO	CONTRATISTA	CONTRATO	VALOR DEL CONTRATO	VALOR TOTAL
Construcción de dique marginal desde Colorado hasta Achí, Km 38+000 – Km 52+000	Consortio Supremo 334	3412 / 2006	\$14.207.239.151	\$24.532.239.151

Al respecto debe preverse que las conclusiones frente a la insuficiencia de las obras y rompimiento del dique fueron evidenciadas en el Informe de Gestión y Plan de Acción Jurídico Asociado a las Fallas de las Obras de Control de Inundaciones Construidas en el Sector de la Mojana – elaborado por el Instituto Nacional de Vías – Subdirección Marítima y Fluvial, suscrito por HOLBERT CORREDOR ROMERO¹²¹, donde con relación al sector de la inundación “tramo 4”, parte del Municipio de Achí, se hizo constar que la parte del dique que se construyó se hizo sobre un jarillón previo con material de deficientes características, además, que en su ejecución no se tuvieron en cuenta los diseños iniciales elaborados por la Universidad Nacional, sino que en el año 2008 se definieron otros diques de reemplazo *“donde la finalidad primordial es disminuir cantidades de obra para la optimización de recursos”*; y fue así que:

“en palabras de la diseñadora, “por dificultades presupuestales, solo se contrató la construcción de uno de los cinco diques fusibles programados. Apenas se construyó el de las Brisas, pero no se hizo la adecuación del canal de evacuación por problemas de predios y falta de socialización del proyecto.”

En el mismo sentido, el interventor manifestó que “En el estudio de la UNAM se previó la construcción de cuatro (4) diques fusibles y el INVIAS en la convocatoria solo incluyó un (1) DIQUE FUSIBLE (...) el cual por falta de recursos no se construyó.”

En un proceso diferente adjudicó el DIQUE FUSIBLE DE LAS BRISAS (...) el cual fue construido y en la actualidad no está en servicio por requerir de la construcción del canal de evacuación, por lo anterior a lo largo del Dique Marginal no dispone

¹²¹ Cd Fl. 658 del C. 3



de Diques Fusibles como medida de control regulado de los niveles máximos del río Cauca para mitigar las inundaciones”

Recomendaciones del estudio de la interventoría: “Proyectar una brigada para socializar el proyecto (terminación del dique marginal, Construcción de Diques Fusibles y canal de excesos y las diferentes obras del río) (...)

“Para mantener el Dique construido se debe retomar el concepto de DIQUE FUSIBLE planteado por la UNAM, es de anotar que en el 2009 se hizo un inventario y para las condiciones del río, es esa época, reportó la construcción de ocho (8) DIQUES FUSIBLES, se debe entonces actualizar el número de DIQUES FUSIBLES requeridos dadas las condiciones del momento (...)”

La principal falla del proyecto fue la falta de los diques fusibles desconociendo su vital importancia para el sistema de protección concebido. Acercar el dique a la orilla, además de reparar una amenaza constante, implicaba obras de protección adicionales que no estaban contempladas en el proyecto inicial ni fueron diseñadas por la Universidad

Entonces, pese al dicho del ingeniero supervisor del contrato, quien sostuvo que en la construcción de la obra se tuvieron en cuenta los materiales y diseños previstos por la Universidad Nacional, debe preverse que el propio informe del INVIAS deja ver que las obras se efectuaron de manera incompleta y no cumplieron con los diseños inicialmente contemplados, de donde se desprende la falla en la prestación del servicio, pues, pese a que la obra se halló comprendida en el Plan de Desarrollo, y pese a la cuantiosa contratación, finalmente, la obra resultó incompleta, de manera que no solucionó las necesidades de la comunidad y por el contrario terminó aumentando los riesgos a los que antes se veía expuesta, pues se reforzó la orilla del río Cauca quedando expuesta una pequeña parte por donde, finalmente, colapsó causando graves daños y pérdidas a los propietarios de los predios allí ubicados, además ante la ausencia de los diques fusibles que estaban diseñados precisamente para evacuar y nivelar el agua y caudal del río.

En este sentido, el supervisor del contrato afirmó que la obra se recibió *“hasta donde comenzaba la falla, y lo que continuaba luego de la falla, como no se intervino, no se recibió (...) se recibe la obra completa, pero hay puntos que no se continuó como el caso de José Pineda y que no se intervinieron”*¹²².

Ahora bien, no existe mérito en el plenario para argumentar, como lo hizo la entidad demandada, que los hechos aquí discutidos se hayan presentado como consecuencia de una causa extraña, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, toda vez que ninguna circunstancia se acreditó al respecto, así como tampoco es dable aducir la configuración de un hecho de la naturaleza como excluyente de la responsabilidad, esto es, caso

¹²² CD6- audiencia de pruebas, cuaderno N° 7 Expediente 51.076



fortuito o fuerza mayor, pues como es sabido estas figuras requieren para su formación la concurrencia del elemento imprevisibilidad, acompañado de la irresistibilidad.

A la sazón, debe observarse que el Informe de Gestión y Plan de Acción Jurídico Asociado a las Fallas de las Obras de Control de Inundaciones Construidas en el Sector de la Mojana – elaborado por el Instituto Nacional de Vías – Subdirección Marítima y Fluvial, suscrito por HOLBERT CORREDOR ROMERO¹²³, específicamente señala que en la región de la Mojana se habían realizado diferentes estudios, desde el año 2000, en razón a lo cual se habían diseñado una serie de medidas para evitar las inundaciones generadas por la orilla izquierda del Río Cauca, en donde se estableció la necesidad de construir un dique marginal, cuyas especificaciones y diseños fueron planeados por la Universidad Nacional de Medellín, en cuyo efecto se suscribieron los correspondientes acuerdos interadministrativos y contratos de obra para la ejecución y construcción del mencionado dique.

Así, aunque la causa inicial de la inundación se dio en razón de la ola invernal que afectó a la región para la época de los hechos, lo cierto es que esta era una situación prevista por las autoridades públicas que, además tenían diseñadas las estrategias para prevenir el fatídico desenlace, pero, la falla se presentó en que la construcción del dique no se dio en las condiciones dispuesta por los diseños iniciales como bien se deduce del informe antes mencionado, e incluso, en el punto específico “José Pineda” hubo una porción de dique cuya construcción se omitió.

Entonces, la situación de inundabilidad de la región estaba prevista y, además, era resistible mediante la implementación y construcción de los diques marginales diseñados para el efecto, los cuales no se ejecutaron a cabalidad como se observa en el informe presentado en el segundo semestre de 2012 por el INVIAS.

Sobre el particular, debe preverse lo conceptuado frente a los principios de prevención y precaución, en cuyo efecto se dijo que el primero de ellos tiene lugar cuando las autoridades conocen la existencia del riesgo y los daños que su concreción conllevaría en el ambiente, la salud de las personas y sus demás bienes jurídicos tutelados, y exige de las autoridades la adopción y ejecución oportuna, efectiva y eficiente de los mecanismos que permitan evitar la concreción del riesgo y la causación de daños.

En este sentido, efectuados los estudios sobre las problemáticas del Río Cauca y los desbordamientos por la orilla izquierda a la altura de la región de La Mojana, realizados

¹²³ CD Fl. 658 del C. 3



los diseños para la construcción del dique marginal, que evitaría las inundaciones, y puesta en marcha la ejecución de las obras mediante la suscripción de los respectivos contratos y todos los trámites que esto conlleva, la Sala observa que existió falla en el servicio toda vez que la obra no se ejecutó en su totalidad ni con las especificaciones establecidas en los estudios y diseños de la Universidad Nacional, como queda acreditado en el Informe de Gestión y Plan de Acción Jurídico Asociado a las Fallas de las Obras de Control de Inundaciones Construidas en el Sector de la Mojana – elaborado por el Instituto Nacional de Vías – Subdirección Marítima y Fluvial, suscrito por HOLBERT CORREDOR ROMERO¹²⁴

En síntesis, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar accederá a las pretensiones de la demanda, declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada y reconocerá los perjuicios que pasa a verificar.

7.- Reconocimiento y liquidación de perjuicios

En el caso de autos los demandantes solicitaron el reconocimiento de los siguientes perjuicios:

Demandante	Propietario del inmueble	Daño Emergente	Lucro cesante	Daño Moral
Francisco de Vivero Paniza	“Isla de Oro” Matrícula inmobiliaria No. 346-1659.	\$314.000.000.00	\$66.000.000.00	50 SMLMV
Lia Josefina García de Martelo	“Santa Elena” e Matrícula inmobiliaria No. 346-11169	\$156.000.000.00	\$348.000.000.000	50 SMLMV
Samuel de Jesús Martelo Pérez	“Santa Catalina” Matrícula Inmobiliaria No. 346-11170	\$201.000.000.00	- 0.00 -	50 SMLMV
	“San Cristóbal” Matrícula Inmobiliaria No. 346-5507	\$191.500.000.00	- 0.00 -	
Roberto Antonio Martelo Pérez	“Margarita” Matrícula Inmobiliaria No. 346–2530	\$587.000.000.00	\$108.000.000.00	50 SMLMV

Los demandantes hicieron consistir sus perjuicios en: (i) necesidad de trasladar el ganado a otras fincas; (ii) pérdida del pasto mejorado para ganadería; y (iii) pérdida de las cercas en

¹²⁴ CD Fl. 658 del C. 3



cada uno de los predios. Sin embargo, es de anotar que los demandantes no especificaron a qué conceptos correspondían las cuantías solicitadas por perjuicios materiales.

Dadas las pretensiones la Sala procederá a su reconocimiento:

7.1.- Perjuicios morales

Sobre el concepto de perjuicio moral, debe preverse que éste se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En cuanto a la reparación del daño moral en caso de lesiones al patrimonio económico de la persona, la Sala ha reconocido este tipo de perjuicio inmaterial, siempre que el mismo se encuentre probado.

En sentencia del 5 de octubre de 1989, explicó:

*“Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiéndolos por éstos el **dolor y la tristeza** que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordados en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza **debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación** y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume”¹²⁵.*

Y en sentencia del 13 de abril de 2000, la Sala dijo:

“El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume”¹²⁶ ¹²⁷.

En el caso de autos la Sala encuentra que no obra prueba alguna tendiente a demostrar la configuración del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, consecuencia de lo cual se ve obligada a negar su reconocimiento.

7.2.- Perjuicios materiales

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cinco de octubre de 1989, expediente: 5.320.

¹²⁶ Sentencias del 5 de octubre de 1989, Exp: 5320, del 7 de abril de 1994, Exp: 9367 y del 11 de noviembre de 1999, Exp: 12.652, entre otras.

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.892.



Dentro de los perjuicios materiales se encuentran comprendidos el lucro cesante y el daño Emergente, este último entendido como la pérdida sufrida, consistente en un detrimento patrimonial, necesariamente medible o mesurable en dinero, por cuanto el perjudicado ha debido efectuar ciertas erogaciones económicas como consecuencia del daño antijurídico.

De tal modo, este perjuicio conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, por cuanto el daño emergente puede ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración¹²⁸, sobre lo cual debe anotarse, también, que son indemnizables a título de daño emergente, todos aquellos gastos ocasionados directamente con la ocurrencia del daño antijurídico.

Por otra parte, se entiende por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, liquidado de conformidad con las siguientes fórmulas:

Lucro Cesante consolidado:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Lucro Cesante future:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

Donde los factores tienen las siguientes correspondencias:

S = suma calculada

Ra = renta actualizada

n = número de meses del período

i = tasa de interés constante 0,004867 - que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmulas compuesta, que se obtiene así: $(1 + i)^{1/12} - 1$, donde *i* es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06).

Ahora bien, sobre los perjuicios materiales debe aclararse que ellos no pueden construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas o ficticias Lucro cesante consolidado:

¹²⁸ Consejo de Estado, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13.168.



7.2.1.- Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales – condena *in genere*

Para la acreditación de los perjuicios materiales se realizó el dictamen pericial elaborado por el perito Silvano Manuel Verbel Arroyo, Ingeniero Agrícola, contratista en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el área de control de calidad de avalúo, quien para la determinación del valor de los daños y perjuicios inspeccionó los inmuebles y sus correspondientes documentos, tuvo en cuenta la fecha de los hechos y el tiempo de duración de la afectación y estableció los valores a través de consulta a agricultores y ganaderos de la región, así como a profesionales y entidades del sector agropecuario.

En términos generales, el perito describe los inmuebles con su extensión superficiaria, señalando que su relieve es plano, normalmente dedicados a la actividad ganadera como potreros en pastos mejorados – admirable y dotados de campamentos donde se encuentran viviendas, corrales, vaquerías, bodegas, etc; y perimetral e interiormente se encuentran divididos con cercas en alambre de púas.

Ahora bien, el perito hace consistir el daño emergente derivado de la inundación en la pérdida hectáreas de pasto admirable; traslado de animales y pago de pastaje en otras fincas de la región; información que como se dijo se encuentra corroborada por los testigos declarantes en el plenario.

Y el lucro cesante se estableció en la pérdida de la renta o valor de arriendo dejado de percibir por concepto de pastaje de ganado en arriendo en los predios de los demandantes.

Sin embargo, la Sala encuentra serios vacíos en la información suministrada por el dictamen pericial, así como por los demandantes y testigos; en razón a lo cual reconoce la causación de cada uno de los perjuicios pero establecerá la condena en forma genérica, conforme la facultad dispuesta por el artículo 193 del CPACA, según el cual:

“Artículo 193. Condenas en abstracto. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil.

Quando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el



derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

En este sentido la condena los perjuicios aquí reconocidos se concretaran y cuantificaran mediante incidente de liquidación, con aplicación de las fórmulas y precedentes jurisprudenciales y con valoración de la información aportada por el perito y los testimonios obrantes en el plenario, pero con adición de los siguientes parámetros:

1.- Para el reconocimiento del perjuicio correspondiente a la perdida de pastos, al número de hectáreas correspondientes al pasto admirable para ganadería debe descontarse la zona de protección de la ronda del Rio Cauca, de conformidad con el literal d) del artículo 83 del Decreto 2811 de 1974 y el artículo 14 de su Decreto Reglamentario No 1541 de 1978.

2. Verificar que el número de cabezas de ganado – propias y en arriendo - que presuntamente pastaba en cada uno de los predios, corresponda a la capacidad certificada del correspondiente predio. En este sentido deberán allegarse las certificaciones respectivas, expedidas por el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA. De manera que el número de reses por hectárea en cada predio corresponda a la reglamentación establecida para la región de la Mojana y la ubicación, topografía, calidad de suelos y clase de ganado.

De manera que el perjuicio solo se reconocerá hasta el número de cabezas permitido en cada uno de los predios, denegándose respecto de aquella cantidad que exceda el límite permitido y teniendo en cuenta, para todos los efectos, el periodo de rotación de las reses en los potreros, el cual también deberá quedar acreditado.

3. Para el reconocimiento del lucro cesante por concepto de la renta que dejó de devengarse en el arrendamiento de los pastos, deberá acreditarse el número de cabezas de ganado que pastaban en arriendo con cualquier medio probatorio que dé certeza de estos hechos, por ejemplo el correspondiente contrato, testimonio del propietario de las reses o los correspondientes libros de contabilidad.

4. Para el reconocimiento del pago de arriendo y traslados de reses propias a otros predios, deberá acreditarse la propiedad sobre las cabezas de ganado trasladadas y por las cuales se pagó arrendamiento y pastaje, con cualquier medio probatorio que dé certeza del dominio, como por ejemplo: el registro único de vacunación, controlado por la Federación Colombiana de Ganaderos - Fedegán, el cual, además de contener la información relacionada con el control de vacunación, acredita la procedencia y raza del ganado; el Registro del Hierro



o marca, ante la Secretaria de Hacienda de la jurisdicción de los predios o los libros de control Ganadero, control de entrada, salida y nacimiento de ganado.

Asimismo se deberá acreditar la guía o autorización de movilización de las reses.

5.- Para el reconocimiento de la indemnización por concepto de reconstrucción de las cercas, se alleguen las cotizaciones correspondientes a éstas y las facturas de las que ya hayan sido objeto de reparación.

8. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.



Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias fácticas	<p>Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.</p> <p>Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.</p>	<p>El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	<p>El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.</p> <ul style="list-style-type: none">a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.



Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandante será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida el 20 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Sucre, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. Y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con la inundación ocurrida el 26 de septiembre de 2010, en los predios de su propiedad.

SEGUNDO: CONDENAR EN ABSTRACTO al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS a pagar por concepto de perjuicios materiales, las cuantías que resulten acreditadas dentro del incidente de liquidación.

TERCERO: CONDENAR en costas del 1% al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, conforme a lo dispuesto en la parte motiva. Líquidese por secretaría.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.



Acción de Reparación Directa – Exp. 51076
De: Francisco de Vivero Paniza y otros.
Contra: Instituto Nacional de Vías- INVIAS

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvamento de Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente