

277

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortíz

Tunja, febrero trece (13) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Alix María Santander Flórez**
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-**2017-00398-00**

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda y subsanación (f. 104-122 y 142-164 c.1):

En ejercicio de la acción de reparación directa, Alix María Santander Flórez, a través de apoderada judicial, solicitó se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Municipio de Cubará, el Departamento de Boyacá y la Corporación Autónoma Regional de Orinoquía, en adelante, Corporinoquía, por los perjuicios materiales causados por la falla del servicio de la administración municipal en la adquisición del predio La Floresta, por la omisión y negligencia en iniciar el proceso de expropiación, predio de importancia ambiental que debe ser conservado para el beneficio de la comunidad; así mismo, por la imposibilidad de explotar el inmueble desde el año 2004.

Como consecuencia, pidió se ordene a las entidades demandadas el pago de los perjuicios materiales actuales y futuros, los cuales ascienden a (i) \$429.700.000 por la imposibilidad de explotar el bien y (ii) 1.399.100.000 por concepto de avalúo comercial del mismo.

Además, solicitó que la condena sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del CPACA; que se ordene el cumplimiento de la sentencia; el pago de los intereses moratorios y se condene en costas a las demandadas.

El fundamento fáctico de las pretensiones es el siguiente:

- ❖ Alix María Santander Flórez adquirió el Predio La Floresta, ubicado en la Vereda La Gaitana del Municipio de Cubará, el 15 de julio de 1996 mediante la Escritura Pública No. 79 de la Notaría Única del Circulo de Cubará e identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 076-0012171 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cubará.
- ❖ El predio contaba con una casa de habitación en madera con pisos de cemento y techo de zinc; un corral en madera; tanques de cemento; pastos sembrados que garantizaban el pastoreo de 60 bovinos, 20 ovinos y 4 equinos; una porción de terreno destinado a la explotación agrícola con el cultivo de yuca, maíz, piña y frutales. Estas actividades generaban un ingreso anual de \$30.000.000.
- ❖ En el año 2003, en el Municipio de Cubará se iniciaron estudios para la construcción de una bocatoma para la captación de agua y la provisión al Acueducto Veredal La Cañaguata. Aquélla se construyó en 2004 sobre uno de los afluentes de agua que nacen en el predio de propiedad de la demandante que, con otros de la Quebrada La Gaitana, surten el líquido a las Veredas La Gaitana, Cañaguata y Guamo.
- ❖ A partir de la construcción del acueducto, las comunidades del Resguardo Indígena U'wa iniciaron acciones tendientes a impedir la explotación, habitación y posesión del predio.
- ❖ La actora fue citada por los líderes de las comunidades y los alcaldes municipales y le indicaron que no podía explotar y ejercer el desarrollo de actividades agrícolas y ganaderas en el predio. Estas manifestaciones se hicieron verbalmente y bajo la prevención de iniciar acciones ambientales en caso de incumplimiento.
- ❖ Por las circunstancias anotadas, el 1 de julio de 2010 se ordenó que Corporinoquía realizara una visita al

872

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: *Alix María Santander Flórez*
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

inmueble con el fin de adquirirlo por su importancia "ecosistémica" para garantizar la preservación y el mantenimiento de la fuente abastecedora del Acueducto Veredal La Cañaguata. El 2 de agosto de 2010, Corporinoquía expidió el Concepto Técnico.

- ❖ *En virtud del mentado concepto, la demandante radicó en la Alcaldía Municipal de Cubará la solicitud de compra del Predio La Floresta en distintas oportunidades.*
- ❖ *Mediante la petición radicada el 3 de agosto de 2010, la señora Alix María Santander solicitó la compra de su predio al entonces Alcalde Municipal, Jhon Jairo Alonso Rincón, sin embargo, no obtuvo respuesta positiva.*
- ❖ *El 22 de mayo de 2014, la demandante presentó acción de tutela con el objetivo que se protegieran sus derechos a la propiedad privada, trabajo, igualdad y debido proceso. El Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena (Arauca) asumió el conocimiento de este asunto y, mediante sentencia proferida el 5 de junio de 2014, ordenó dar respuesta a la petición radicada por la actora.*
- ❖ *En cumplimiento de la sentencia de tutela, mediante Comunicado No. T.R.D. 101.28.06, 100.14.0299 suscrito por Lineth Carolina González como funcionaria de la alcaldía municipal, requirió a la señora Santander Flórez para que allegara la copia auténtica de la escritura pública y el certificado de libertad y tradición del inmueble. El 16 de junio de 2014 la actora presentó los documentos requeridos.*
- ❖ *Mediante Oficio T.D.R. 10014.0455, suscrito por Jhon Jairo Alonso Rincón, se dio respuesta a la petición y se señaló que había solicitado una visita a Corporinoquía para evaluar la viabilidad ambiental y ecológica del predio La Floresta, con el fin de determinar las condiciones hídricas y de conveniencia de compra. En comunicación del 10 de junio de 2014, se realizó la solicitud a la Corporación Autónoma Regional.*
- ❖ *El 13 de enero de 2015, la señora Alix María Santander allegó el contenido del Concepto Técnico No. 700.25.8.8-10-056 de 2 de agosto de 2010 expedido por Corporinoquía, para continuar con el trámite de compra del predio de su propiedad.*

- ❖ En comunicado de 2 de marzo de 2015, el Municipio de Cubará advirtió que, hasta esa fecha, Corporinoquía no había realizado la visita para la re-evaluación y, por tanto, no había dado respuesta de fondo a su solicitud. Nuevamente, le solicitaron la copia de la escritura pública, el certificado de libertad y copia del impuesto predial.
- ❖ Ante el silencio de la entidad, el 22 de abril de 2015 la demandante presentó incidente por desacato al no haber sido respondida su petición. El 6 de mayo de 2015 el municipio dio respuesta al juzgado.
- ❖ El 16 de febrero de 2016, la demandante presentó, nuevamente, una petición, en la cual refirió la sentencia de tutela y el concepto expedido por la Corporación Autónoma.
- ❖ En comunicación de 11 de abril de 2016, el municipio manifestó conocer gestiones tendientes a la compra del inmueble y su interés en la compra; que había evidenciado la necesidad de adelantar la negociación por su importancia y expresó comprometerse a cumplir con esa “meta”.
- ❖ Funcionarios de la Alcaldía de Cubará le manifestaron que debía abstenerse de explotar el predio; no podía arreglar los potreros, aserrar maderas, talar, cultivar ni mantener ganado, toda vez que se afectaba el recurso hídrico.

Adicionalmente, expuso:

“31. Las entidades convocadas, pese a manifestar de manera expresa el interés de adquirir el predio, no han realizado las gestiones necesarias para obtener los recursos económicos para su adquisición; tampoco han iniciado las actuaciones administrativas tendientes a la expropiación y pago del predio; del cual si están obteniendo un provecho, ya que por tener tres (3) nacederos, estos son abastecedores del acueducto Veredal que surte a la comunidad aledaña al predio; y estas obligaciones le corresponde a las entidades territoriales tanto al Departamento de Boyacá como al Municipio de Cubará, quienes están usufructuando de los recursos que provee el predio de la demandante; y como quiera que tanto las entidades como las comunidades impiden continuamente la explotación agrícola y ganadera a la actora, y pese a las diferentes y reiteradas solicitudes realizadas, la omisión, la tardanza, el no cumplimiento con sus obligaciones legales, generan perjuicios patrimoniales constantes, y por ello se acude a esta demanda” (f. 134 c.1).

Para sustentar su dicho, citó los artículos 6 y 8 del Decreto 953 de 2013 y las Leyes 99 de 1993, 1450 de 2011 y 1564 de 2012 y dijo que los Departamentos y

Municipios deben destinar un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales en dichas áreas. Añadió que el Predio La Floresta es de importancia estratégica para conservar y realizar manejo sostenible de los recursos naturales.

1.2. Auto admisorio de la demanda:

La demanda, luego de su corrección, fue admitida en auto proferido el 27 de julio de 2017 (f. 167-168).

1.3. Contestación de la demanda:

Las entidades demandadas contestaron la demanda presentada por Alix María Santander Flórez, en los siguientes términos:

1.3.1. Departamento de Boyacá (f. 178-195 c.1):

En primer lugar, se pronunció sobre el título de imputación de daño especial y sostuvo que la entidad no desplegó ninguna actuación orientada a la satisfacción del interés público como la construcción de la bocatoma o el concepto técnico suscrito por Corporinoquía.

En segundo lugar, manifestó que corresponde a los municipios la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico a los habitantes, así como el manejo adecuado de los recursos naturales y el ambiente.

Y, en tercer lugar, sostuvo que las entidades que desplegaron una actuación legítima fueron el Municipio de Cubará y Corporinoquía, sin que el Departamento haya intervenido. Agregó que tampoco ha impuesto ningún tipo de restricción administrativa al Predio La Floresta.

Propuso las excepciones: 1) Falta de legitimación material en la causa por pasiva y 2) El 1% previsto en la Ley 99 de 1994 no genera la responsabilidad deprecada por la demandante.

1.3.2. Municipio de Cubará (f. 204-209 c.2):

Dijo que, tanto el nacimiento de agua como la construcción de los tanques fuera del predio de la demandante, como se infiere de versiones de los vecinos de la Vereda La Gaitana; que el 19 de septiembre de 2017 el Secretario de Desarrollo Rural, el Inspector de Policía Municipal, el Jefe de Servicios Públicos Domiciliarios y un Topógrafo, en visita al predio concluyeron que: (i) el ingreso al predio partiendo del último tramo “carreteable” es a 1 hora y 45 minutos por sendero peatonal boscoso; (ii) en los alrededores del predio no se aprecia cultivo alguno, se trata de una zona de difícil acceso; (iii) existen nacederos de agua en todos los predios que rodean la Quebrada La Gaitana; (iv) el predio de la demandante es boscosa, abandonada hace muchos años; (v) el nacimiento de agua en el predio de la demandante se seca; (vi) según los vecinos, hace más de 10 años no les constan actividades de agricultura, avicultura o ganadería por parte de la propietaria.

Que no existe acto jurídico suscrito con la demandante que genere obligaciones para el Municipio de Cubará; que la demandante pretende el resarcimiento y pago de una indemnización, sin fundamento alguno de responsabilidad patrimonial ni administrativa de la entidad territorial.

1.3.3. Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía (f. 230-235 c.2):

Propuso las excepciones de caducidad; falta de legitimación en la causa por pasiva y “no demostración de los elementos de responsabilidad que se puedan atribuir a Corporinoquía” (f. 234 vto.).

Arguyó que no se demostró el nexo de causalidad, comoquiera que Corporinoquía cumplió su deber legal, es decir, como autoridad ambiental definió las áreas correspondientes, pero no participó de conducta antijurídica alguna.

1.4. Audiencia inicial:

El 30 de enero de 2018 (f. 259-263 c.2) se realizó la audiencia inicial, reanudada el 8 de febrero de 2018 (f. 268-271).

En esa etapa procesal se declaró probada la caducidad del medio de control, no obstante, la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto

proferido el 3 de octubre de 2018 (f. 275 a 278) revocó la decisión. El 20 de febrero de 2019 se continuó la audiencia inicial y se surtieron las sub-etapas pendientes (f. 287-292 c.2).

1.5. Alegaciones finales:

En la audiencia de pruebas realizada el 3 de septiembre de 2019, el Despacho consideró que era innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y, por tanto, dispuso que los apoderados presentaran sus alegatos de forma escrita dentro de los 10 días siguientes a la celebración de la audiencia (f. 432-434 c.2).

1.5.1. Alix María Santander Flórez (f. 437-454 c.2):

Se refirió a los antecedentes del caso y las pruebas que fueron decretadas. Sostuvo que se demostró que, el 27 de abril de 2004, según el dicho de Flor Elba Godoy Cristancho, se construyó la bocatoma en el predio de propiedad de la actora para beneficiar la comunidad de la vereda pues existe un yacimiento de agua en la montaña ubicada en la parte superior del mismo.

Afirmó que el predio La Floresta es de gran riqueza ambiental para la comunidad pues, en virtud del Concepto Técnico expedido el 2 de agosto de 2010 y la visita realizada el 19 de julio de 2010, se determinaron los nacimientos de agua que alimentan el Acueducto Veredal La Cañaguata y la importancia de la adquisición del inmueble.

Se refirió a cada una de las declaraciones practicadas y adujo que, en efecto, la demandante desarrollaba actividades agrícolas y ganaderas pues cuenta, además, con el registro sanitario del predio ante el ICA; que el señor Hernando Pérez sostuvo que se le impidió la explotación del predio porque en alguna ocasión se encontraba cortando madera y “luego vino la volqueta de la Alcaldía y se le llevó la madera porque no podían cortar...” (f. 443).

Agregó que al analizar los dictámenes periciales y demás elementos probatorios, deviene concluir que la demandante sufrió perjuicios que se materializaron cuando se limitó la explotación del inmueble.

Citó el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015 y la Ley 9 de 1993 para indicar que corresponde a las entidades territoriales contar con asignación presupuestal para la

adquisición y mantenimiento de predios que representan riqueza ambiental. Que, de conformidad con las normas referidas y la Declaración de Principio de Río de Janeiro y de la Cumbre de la Tierra de 1992, así como los Decretos 953 de 2013 y 1900 de 2006 y la Ley 1450 de 2011, las entidades territoriales y ambientales deben adquirir los predios que tengan viabilidad ambiental para la preservación de algún recurso ambiental importante, como ocurre en el sub lite.

Manifestó que, mediante las distintas comunicaciones expedidas por el Municipio de Cubará, se mantuvo a la demandante en una situación de expectativa de adquisición del predio; que el Departamento de Boyacá, es conocedor de la importancia de adquirir el inmueble como se infiere de las partidas presupuestales para la adquisición de predios.

A su juicio, existió negligencia u omisión en el trámite administrativo para la adquisición de la compra del predio; el interés por el mismo no obedeció a la intención de vender, sino por la necesidad creada por la comunidad de contar con un acueducto y la existencia de los nacimientos de agua, de allí la trascendencia de la adquisición.

Dijo que ninguna de las etapas señaladas en el documento que reposa a folios 223 y 224 fue cumplida. Además, que la corporación autónoma actuó con negligencia “pues no se tienen (sic) la certeza como autoridad ambiental de haber hecho seguimiento a su propio concepto de viabilidad, para que el predio se incluyera para la adquisición” (f. 448); también, que el Municipio de Cubará, pese a que solicitaron la información y documentación “...fueron omisivos en no adelantar ninguna etapa de negociación o de haber iniciado la expropiación, lo que ha generado un perjuicio a la demandante, pues incluso al día de hoy, le siguen manifestando el interés en la compra del predio” (f. 448). Lo anterior, dijo, configura un daño especial que la actora no está en el deber de soportar.

Sostuvo que las tres entidades demandadas están obligadas a destinar parte de sus ingresos para la adquisición de predios que representen importancia en la biodiversidad, máxime cuando existe viabilidad e interés de compra; en consecuencia, “sus actuaciones expresas en indicar que si están interesados, pero la omisión en desplegar todas las actuaciones tendientes a finiquitar el proceso de compra; o a iniciar la expropiación, integran una cadena de sucesos que conllevan a la consumación de un daño continuo y permanente” (f. 451). Invocó el principio de confianza legítima.

107

Finalmente, solicitó que se apliquen las consecuencias procesales correspondientes por la inasistencia reiterada del Municipio de Cubará.

1.5.2. Corporación Autónoma de la Orinoquía – Corporinoquía (f. 455-459 c.2):

Afirmó que, conforme a las pruebas allegadas al plenario, no se ha demostrado el daño y perjuicio que alega la demandante, máxime si se tiene en cuenta que expidió el Concepto Técnico No. 700.25.8.10.056 de 2 de agosto de 2010 cuando lo requirieron. Trajo en cita el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011.

Frente al dictamen rendido por Juan Yamil Eldin López, indicó que el profesional no logró demostrar su idoneidad para avaluar el inmueble, además, cuando se le interrogó la metodología para determinar la compensación por protección ambiental, se limitó a decir “que ese era el valor de la mencionada compensación”, pero nada más.

1.5.3. Departamento de Boyacá (f. 460-461 c.2):

Sostuvo que el Departamento no impuso ningún tipo de restricción administrativa al predio de la demandante, ni tampoco tuvo injerencia en las respuestas dadas a la actora por la Alcaldía del Municipio de Cubará, igualmente, porque fue esa entidad la que construyó la bocatoma.

Citó el artículo 111 de la Ley 99 de 1994 y sostuvo que, en efecto, el Departamento de Boyacá ha cumplido a cabalidad la apropiación del 1% de los ingresos corrientes para la conservación y adquisición de los recursos hídricos.

Advirtió que los dictámenes periciales que reposan en el expediente no dan certeza del valor bien inmueble, ni de los perjuicios que se reclaman.

1.5.4. Municipio de Cubará (f. 463-469 c.2):

Manifestó que, conforme al informe rendido por Corporinoquía existe importancia hídrica, vegetación, flora y fauna, pero a la fecha no se ha expedido un acto administrativo que declare el predio como reserva natural.

Se detuvo en los siguientes temas: **1)** el agua como bien de uso público; **2)** franja de propiedad del Estado afectada al dominio público; **3)** franja forestal protectora y **4)** el régimen legal de las derivaciones de cauces naturales.

Señaló que **a)** la Administración Municipal no podía adelantar la compra del terreno al considerar qué área debe ser protegida por el nacimiento del recurso hídrico pues la reserva, delimitación, alinderación y declaración de las áreas le corresponde a la SINAP, conforme lo establece el Decreto 2372 de 2010; **b)** como la declaración antes señalada no existe, el municipio no está obligado a adquirir el inmueble y **c)** el Municipio de Cubará no limitó las actividades agrícolas y ganaderas pues, en efecto, según las pruebas arrimadas al plenario, no ha existido ninguna de estas actividades en el predio de la demandante.

1.5.5. Ministerio Público: No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Una vez agotadas todas las etapas procesales, procede la Sala a abordar el caso bajo los parámetros establecidos en la audiencia inicial.

2.1. De las excepciones:

El Departamento de Boyacá alegó las excepciones de **(i)** falta de legitimación material en la causa por pasiva y **(ii)** el 1% previsto en la Ley 99 de 1994 no genera la responsabilidad deprecada por la parte demandante.

Por su parte, la Corporación Autónoma de la Orinoquía – Corporinoquía, alegó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y “**NO DEMOSTRACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD QUE SE PUEDAN ATRIBUIR A CORPORINOQUÍA**” (f. 234 vto.).

Comoquiera que los argumentos expuestos por la demandada constituyen argumentos de defensa frente a la responsabilidad achacada en la demanda, deberán ser resueltos con el fondo del asunto.

2.2. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado:

La responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual estableció dos

elementos de la responsabilidad que son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico, 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.

La jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha entendido:

“...porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”¹

Entonces, el primer elemento, este es el daño, se circunscribe al menoscabo del interés jurídico tutelado y a la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Constitución o a una norma legal o, porque es irrazonable, sin depender de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración².

Lo anterior significa que si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste –el daño–, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento, como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado³.

En efecto, se ha enseñado que *“... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, **deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como o antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”⁴ (Resaltado fuera de texto)*

¹ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

⁴ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha asumido la anterior posición en reiteradas ocasiones⁵, en la cual se ha puntualizado, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”⁶ (Resaltado fuera de texto)

El segundo elemento, este es la imputación, no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo a los criterios que se elaboren para ello como, por ejemplo, la falla en el 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.

Sobre la imputación, la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 18 de mayo de 2017 dentro del proceso con radicación 68001-23-31-000-2003-00450-01 (37497) y ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, explicó:

“Como se viene afirmando, la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera con fundamento en los distintos criterios de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁸.

⁵ Ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁶ Sentencia C-533 de 1996.

⁷ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁰. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹¹.

(...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Bajo los anteriores criterios la Sala realizará el juicio de imputación, previendo, además, que la Corporación ha determinado que los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa

⁹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁰ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹¹ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpe>], pp.6 y 7.

petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.” (Resaltado fuera de texto)

Sin duda, todo régimen de responsabilidad del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico se achaca al Estado cuando haya sustento fáctico y la atribución jurídica. Fuerza precisar que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si se quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹²

2.3. Caso concreto:

Para resolver las pretensiones y excepciones propuestas por las partes, la Sala analizará, en primer lugar, si se encuentra demostrado el daño y, en caso de ser afirmativa la respuesta, se procederá a realizar el juicio de imputación fáctico y jurídico contra las entidades demandadas, estas son, el Municipio de Cubará, Corporinoquía y el Departamento de Boyacá.

2.3.1. El daño:

En el escrito introductorio se afirmó que:

- i. A partir de la construcción del acueducto en el año 2004, “los líderes de las comunidades” y “los alcaldes municipales” le impedían la explotación del bien, así como las actividades agrícolas y ganaderas so pena de iniciar acciones ambientales en su contra.*
- ii. Las entidades convocadas, pese a “manifestar de manera expresa el interés para adquirir el predio, no han realizado las gestiones necesarias para obtener los recursos económicos para su adquisición; tampoco han iniciado las actuaciones administrativas tendientes a la expropiación y pago del predio” (f. 134). A ello, agregó que se trata de “la omisión y negligencia sistemática del ente Municipal y demás entidades involucradas e interesadas en la toma de una **decisión concluyente** en la adquisición del predio LA FLORESTA” (f. 136 vto.).*

Estas dos situaciones, a juicio de la actora, estructuran el daño: **(i)** limitaciones a la explotación del predio de su propiedad, impuestas por las demandadas y la comunidad y **(ii)** la falta de respuesta definitiva por parte de las entidades

¹² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

demandadas a la propuesta de compra del predio de su propiedad. En ese orden de ideas, se estudiará cada una de forma separada.

2.3.2. De las limitaciones a la explotación del predio y análisis probatorio:

En el curso de este proceso, se practicaron los testimonios de *Hernando Pérez Valencia*¹³; *Jesús Antonio Cruces Vargas*¹⁴; *Flor Elba Godoy Cristancho*¹⁵ y *Luis Diudicel Castro Ibáñez*¹⁶, quienes manifestaron conocer a la demandante y haber visitado el Predio La Floresta.

El señor **Hernando Pérez Valencia**, declaró haber laborado en el predio de la demandante desde, aproximadamente, 2000 a 2008 en tiempos interrumpidos y desarrollar actividades "...aserrando algunas maderas para el mismo uso de la finca, aprovechamiento de la finca y desmates o limpiezas de potreros...", es decir, cuando "...se venían los desmates de potreros, cuando había trabajos de reparamientos de cercas [Min. 1:20:46]". Frente a la actividad de tala de árboles, precisó:

"PREGUNTADO: Y qué hacían con el material que aserraban CONTESTÓ: Cuando había que cambiarle de pronto tablas o (...) a la casa lo hacíamos o cuando no hacíamos la reparación de cercas PREGUNTADO: De acuerdo con su respuesta, entonces, la madera que se aserraba no se comercializaba CONTESTÓ: No, mientras yo estuve laborando allí nunca se comercializaron ninguna clase de madera PREGUNTADO: Alguna otra actividad comercial del predio que a usted le conste, fuera del ganado CONTESTÓ: No. En ese entonces lo que se cultivaba en la finca, por ahí yuca y maíz porque son terrenos bastante arenosos, no se siembra más y lo que sembraban era para consumo. [Min. 1:31:08]"

Así mismo afirmó:

"PREGUNTADO: También de su conocimiento del predio o de la labor durante 8 años discontinuos, díganos cómo era la situación social, más allá de la queja porque el ganado tomaba agua en la bocatoma y podía contaminarla, cómo era la condición social del predio? CONTESTÓ: Durante el tiempo que duré allá trabajando no tuve problemas con nadie, **no llegué a saber de problemas de ella tampoco.** PREGUNTADO: tiene conocimiento si existe cerca del predio algún resguardo indígena CONTESTÓ: Si, no me acuerdo precisamente en qué año pasó lo del resguardo indígena pero creo que la finca queda limitando con lo del resguardo indígena PREGUNTADO: Es decir que mientras usted estuvo 2000 – 2008 el predio se explotaba sin perturbaciones, sin problemas CONTESTÓ: **Si, se mantenía la ganadería y creo que esa era una buena explotación en ese entonces [min. 3:38:55]"**

¹³ Audiencia de pruebas realizada el 3 de mayo de 2019 (f. 320-324), a partir del minuto 1:14:00 del audio contenido en el CD visto a folio 320.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Audiencia de pruebas celebrada el 21 de mayo de 2019 (f. 360-363).

¹⁶ Ídem.

Y, más adelante, manifestó:

“PREGUNTADO: Usted, hacia 2008 tuvo conocimiento de trámites de venta por parte de la actual dueña Santander Flórez CONTESTÓ: En una época cuando ya ella me dijo que no podíamos seguir trabajando PREGUNTADO: En qué época CONTESTÓ: Eso fue para el lapso de 2007 – 2008, no tengo fecha exacta. Yo la llamé para decir qué trabajos tenía en la finca, porque yo estaba laborando en otra finca en esos días y se me acabó el trabajo, yo rotaba de aquí para allá y así en varios sectores, entonces ella me dice que no, que en la finca no podía ser laborando por cuestiones de que habían tenido una visita por parte de la Alcaldía y habían encontrado suciedad de las aguas, entonces por quejas que hicieron los usuarios de esa agua que fue el sector de La Cañaguata y pues eso les perjudicaba para la salud de ellos, el consumo humano que de eso se abastece la población de ese sector, entonces ella me comentó que ya no iba a trabajar más en la finca porque había de pronto una negociación pero si ella dejaba quieta la finca, o sea, que no había más explotación y ella no podía seguir explotándola porque era la vertiente de agua que utilizaba para bebederos en el verano. PREGUNTADO: La única versión que usted conoce, es la versión o sea, el único comentario que usted tuvo acerca de esto que acaba de señalar provino de la señora Alix María o de alguien más CONTESTÓ: Lo otro que yo escuché con los vecinos PREGUNTADO: No se vaya a otra cosa, de lo que me dijo antes CONTESTÓ: Si, por eso le digo, de los usuarios de la parte de abajo que estaban diciendo que iban a apoyar a ver si de pronto le compraban la finca a la señora Alix para que no les ensuciara mucho el agua. PREGUNTADO: Se está refiriendo entonces, solamente, a la versión que le da la señora Alix María y unos vecinos del predio CONTESTÓ: Si, vecinos del predio de la parte central de la carretera a la vía Soberanía [min. 1:40:45]

PREGUNTADO: Sabe si en la zona hay un líder de la comunidad CONTESTÓ: En aquella época creo que el líder era Don Antonio Cruces [min. 1:43:40]

PREGUNTADO: El tiempo que usted laboró, aparte de esta manifestación de que no se podía laborar, a usted de manera personal como trabajador, alguien, cualquier persona, le dijo que no podía trabajar en esta finca por la razón que sea CONTESTÓ: Que me haigan (sic) dicho que no podía trabajar, no. [Min. 1:50:01]

PREGUNTADO: de esa actividad que nos acaba de relatar, de estar cortando árboles, tuvo algún incidente o siempre hubo paz y tranquilidad o nunca tuvo ningún inconveniente CONTESTÓ: Bueno, el único inconveniente fue cuando la cuestión de los horcones que recogieron por parte de la Administración (...) los íbamos a utilizar para unas cercas (...) cuando iba a ejercer la labor de ir a reparar unas cercas y había dejado una estantería cortada y en épocas anteriores PREGUNTADO: En épocas anteriores es cuándo CONTESTÓ: Por ahí un mes o dos meses atrás de haber aserrado la madera (...) como para el 2008 (...) PREGUNTADO: Podría precisarnos este corte de horcones donde los cortó y que es una estantería (...) CONTESTÓ: (...) En esa época yo había cortado esa estantería, por el lapso de dos meses, cuando me dijeron los vecinos de abajo, de la salida, que habían recogido que si era que habían vendido esa (...) cuando en eso yo llamo a doña Alix porque yo tenía siempre contacto telefónicamente, entonces pues yo la llame y ella averiguó porque a mí me dijeron que era una volqueta de la alcaldía que había salido a recoger los horcones entonces yo llamé a doña Alix ella se averiguó por el medio de ella

y la respuesta fue esa, de ahí fue donde me dijo que ya no podía seguir laborando en la finca por esas cuestiones, porque tenían quejas de los usuarios del agua y entonces no podía seguir laborando en la finca porque quedaba suspendida hasta nueva orden pero yo nunca volví a saber de esa nueva orden hasta donde se expandió [min. 1:57:30]"

Ahora, el señor **Jesús Antonio Cruces Vargas** (min. 2:57, AP-3), indicó haber sido líder de la comunidad. Al interrogarle si tenía conocimiento por qué no había continuado con la actividad de ceiba de ganado, manifestó que por el "motivo de que le promocionaron la compra de la finca, ellos dejaron de ejercer esas labores en ese sitio" y, a continuación, afirmó:

"PREGUNTADO: Solamente por comprar la finca, es decir, alguien viene a ofrecerle comprar la finca y entonces por eso ya entonces usted no la sigue explotando, fue por esa única razón o por alguna otra razón y la conoce

CONTESTÓ: Si tengo en cuenta la señora Alix y por medio de terceros, la señora Alix me comenta en algún momento que nos encontramos y por medio de otras personas que el alcalde había ido a estorbarle, el alcalde señor Samuel Bohórquez había ido a estorbarle los labores ahí en esa finca, porque supuestamente ya tenían un negocio y que anteriormente tenía una madera o unos horcones para arreglar cercas y que también se las había recogido y hasta ahí tengo conocimiento, desconozco el resto. (...)

PREGUNTADO: Usted menciona que este señor alcalde fue, no sé si escuché mal, ir a estorbarle a la finca, esa expresión qué significa, eso fue lo que usted dijo, y si eso no fue lo que dijo, entonces nos podría decir qué fue a hacer ese señor Samuel Bohórquez a la finca de la señora Alix Santander (...)

CONTESTÓ: En el momento dije estorbarle por qué, porque en el momento que llegue una persona a decir, ella me lo mencionó, que había llegado a decirle que no hiciera ninguna labor ahí porque estaba en negocio la finca, entonces en mi región se dice estorbar para que no sigan haciendo ninguna clase de ejercicio dentro de la finca, labores de la finca

PREGUNTADO: Sabe usted y tiene conocimiento si posterior a este señor Samuel Bohórquez, algún otro funcionario, ya que usted tiene presente periodos de alcalde 4 veces, si los alcaldes posteriores le hicieron algún tipo de manifestación a la señora Alix Santander para la compra o para legalizar este tema que tenía que ver con el proyecto del agua

CONTESTÓ: Personalmente no. [Min. 1:06:03]

PREGUNTADO En su experiencia, (...) como presidente de juntas de acción comunal y miembro de la junta de acción comunal de La Gaitana, usted tuvo conocimiento si en algún momento hubo alguna acción de las juntas tendiente a obstaculizar el desarrollo de la labor en el predio La Floresta, de la propiedad de la señora Alix

CONTESTÓ: En el momento en que fui presidente de la junta, en algunas ocasiones nos reunimos con los directivos de la junta la Cañaguata a ver si se podía hacer el proyecto del mismo acueducto de donde nosotros teníamos pero se hizo un análisis del agua y no nos alcanzaba entonces eso fueron las partes relativas que se buscara la parte de la finca de la señora Alix

CONTESTÓ: Pero le obstaculizaron, o sea, los líderes de juntas comunales que a usted le conste, obstaculizaron el desarrollo de la labor de la señora Alix

CONTESTÓ: En el momento de que ellos hicieron el proyecto, no. De pronto la misma comunidad no porque es que ellos, el medio de comunicación y de gestión es el alcalde, el alcalde es el. Que tiene que ir a llegar a hablar con las personas que estén dentro del predio o que sean dueñas del predio

misma respuesta suya, tuvo usted conocimiento si los miembros del resguardo indígena que se identifica en la demanda como Resguardo Indígena U'wa realizaron algunas acciones tendientes a obstaculizar la explotación del predio de la señora Alix CONTESTÓ: Hasta donde tengo conocimiento, **no**, por parte de los indígenas. [Min. 1:19:42]

PREGUNTADO: (...) El estorbar al que usted se refirió por parte del alcalde diciéndole, mire no explote más. Utilizando esa misma expresión, sabe usted si alguna otra persona estorbó la explotación del predio de la señora Alix. CONTESTÓ: Hasta donde tenga conocimiento, no doctora. [min. 1:24:19]"

Por otro lado, la señora **Flor Elba Godoy Cristancho**¹⁷ (min. 5:28), quien manifestó haber ejercido como Presidenta de la Vereda La Cañaguata, al interrogarle si había conocido protestas, problemas sociales con los indígenas o grupos de la zona por la solicitud realizada por los miembros de la comunidad a la señora Santander Flórez, contestó:

PREGUNTADO: Usted sabe si ha habido protestas, problemas sociales, o con los indígenas o con grupos de la zona o sencillamente se trata de una solicitud que ustedes como miembros de la comunidad le hacen a la señora Alix María para que ella evite que sus animales dañen el acueducto CONTESTÓ: (...) **No señora** PREGUNTADO: Problemas con comunidades indígenas con presidentes de las juntas CONTESTÓ: **No señora** PREGUNTADO: Problemas con la administración municipal que le hayan impedido entrar a su finca o trabajarla CONTESTÓ: **No señora** [min. 25:50]

(...)

“PREGUNTADO: Usted mencionó, al contestarle una pregunta a la señora Magistrada, usted dijo “todos vinimos a la finca a hablar con la señora Alix porque su ganado revolcaba el agua” y se veían afectados. Qué tipo de exigencias le hicieron a la señora Alix, es decir, qué hubiera ocurrido si ella no acepta la petición de ustedes. CONTESTÓ: Fuimos a hablar con la señora Alix y con el esposo y le dijimos que los animales estaban revolcando el agua y ella muy amablemente arregló las cercas de su predio. PREGUNTADO: Pero la comunidad hizo, o tiene conocimiento si la comunidad, cuando usted habla de comunidad, hizo alguna solicitud a la administración para que a la señora Alix se le prohibiera tener animales y ganados en su finca, en atención a que le revolcaba el agua CONTESTÓ: **No.** [Min. 36:52]

PREGUNTADO: Cuando usted dice que personalmente habló con el entonces Samuel Bohórquez, que les dijo el señor en ese momento, respecto de la solicitud de ustedes de comprar el predio CONTESTÓ: Que estaba en proceso y que no había plata en la administraciones, la alcaldía no ha comprado los predios. [Min. 39:30]"

¹⁷ Folio de CD 360 y acta f. 361-363 vto.

Y el señor **Luis Diudicel Ibáñez**, manifestó **no** tener conocimiento si se le prohibió a la demandante la explotación del bien [min. 1:10:24] o si se adelantó alguna solicitud ante el Municipio de Cubará [min. 1:13:53].

De las pruebas testimoniales referidas en el acápite anterior, considera la Sala que no se probó el daño relativo a la limitación en la explotación del Predio La Floresta por las siguientes razones.

Sobre el testimonio rendido por **Hernando Pérez Valencia** se destaca que laboró de forma interrumpida en el predio de propiedad de la demandante entre los años **2000 a 2008**. Al ser interrogado sobre si alguien le había prohibido trabajar, el testigo dijo inicialmente que **no**, sin embargo, más adelante, al pronunciarse sobre el “incidente” con los horcones, sostuvo que no pudo seguir con sus labores.

Al revisar la documental aportada se observa que el primer requerimiento de compra del bien, fue dirigido a Corporinoquía por la demandante el **27 de octubre de 2009** (f. 14 c.1); en él afirma que, dado que su predio **no fue incluido en la extensión del Resguardo U'wa**, lo cual le ha causado perjuicios y se hace necesaria su adquisición¹⁸, sin que se pierda de vista que en la acción de tutela que en 2014 presentó la actora (f. 21), señaló que tal ampliación se definió en el año **2003**, es decir que, aún después de esa decisión y durante por lo menos **5 años**, la actora continuó laborando su predio, tal como lo señaló el testigo, sin que al plenario se haya traído prueba alguna en la que la actora denunciara ante las autoridades perturbación alguna al uso y goce de su propiedad.

En estas condiciones, atendiendo al período en el que el señor Pérez Valencia dijo haber laborado en el predio de propiedad de la actora, resulta, cuando menos, extraño que, para entonces, relate la existencia de inconvenientes en la explotación del predio; mucho más, si se admiten los motivos que dieron lugar a la petición de adquisición, es decir, que su predio no fue incluido en la extensión del resguardo, lo cual, en su dicho, le ocasionaba perjuicios, para esta Sala es la primera de las respuestas dadas por el declarante, es decir, que no le constaba obstaculización de la explotación del predio, cuando menos hasta el año 2008.

¹⁸ “**CUARTO**. Ante la no inclusión de mi predio en el proceso de Ampliación del resguardo Indígena U'wa me asiste la necesidad de que la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – CORPORINOQUIA, dentro de los procesos misionales encomendados por la Constitución y la ley, ponga en consideración de la Junta Directiva, la adquisición de mi predio por su importancia ecológica, destacándose el recurso hídrico y la gran variedad de reserva forestal, la estabilidad del bosque natural, la biodiversidad, que permita adelantar un proyecto de oxigenación y reserva para familias guardabosques.” (f. 12-13 c.1). (Subrayado fuera de texto)

Ello por cuanto, como lo expuso la actora en su petición del 2009 al numeral 4º transcrito, fue la riqueza hídrica que, dijo, tenía su predio y que fue el motivo por el cual consideró necesaria la adquisición. Es decir, como el predio no fue incluido en la ampliación del resguardo, lo cual habría obligado su adquisición, entonces, invocó como suficiente para ello la riqueza hídrica del mismo, esa es la conclusión a la que arriba esta Sala.

Ahora, dijo el declarante que durante los 8 años en que laboró, el predio se explotaba con ganadería, pero hacia 2007 - 2008 cuando la ahora demandante le manifestó que ello no continuaría desarrollándose por contaminación de las aguas y le comentó **que no trabajaría más la finca pues era posible una negociación**, de allí en adelante, refirió comentarios escuchados de vecinos, pero no precisó de quiénes o de qué autoridad, ni circunstancia alguna de tiempo, modo y lugar que pueda ser estudiada.

Luego, señaló que **hacia 2008** tuvo inconvenientes para utilizar unas maderas que estaban aserradas que afirmó fueron recogidas por "la Administración", de lo cual, dijo, tuvo conocimiento por haberlo escuchado de un vecino (que tampoco precisó) y de la propietaria del predio.

Del anterior testimonio extracta la Sala: i) El declarante laboró de 2000 a 2008 y fue la demandante quien le ordenó no continuar trabajando en su predio ii) La prueba testimonial no informa la existencia de hecho alguno que le conste al testigo como apto para obstaculizar o impedir la explotación del predio, más allá de la orden dada por la propietaria cuyo predio no fue incluido en la extensión del resguardo U'wa.

De la declaración de **Jesús Antonio Cruces Vargas**, líder comunitario, habrá que decirse que tampoco brinda a esta Sala certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre hechos imputables a las entidades demandadas que le impidieran a la actora explotar su predio; el testigo dijo que la demandante **le había comentado o que se lo había mencionado**, pero nada más. Además, **negó impedimento** alguno proveniente de integrantes del resguardo U'wa que le impidieran la explotación del predio.

Frente a impedimento para la explotación o usufructo del Predio La Floresta, el conocimiento de este testigo, deriva de comentarios realizados por terceros, pero no por hechos que le constaran surgidos de autoridad; aduce que la decisión de no explotar el bien fue derivada de la posible venta del inmueble, por menciones o comentarios que le hiciera su propietaria o algunos vecinos, pero nada más.

487

Recuérdese que el testigo que dice saber algo por boca de otro, dirige el testimonio a un análisis frágil de su dicho. El testimonio de oídas o *ex auditi* impide una conclusión certera de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; aun si se analizaran como indicativas de limitación a la propiedad, tampoco brindarían convicción sobre prohibición pues, los asertos no indicaron, ni por asomo, durante cuánto tiempo o forma se limitó tal derecho.

A juicio de esta Sala, no se encuentra probado que las entidades demandadas hubieran prohibido a la señora Alix María Santander la explotación de su inmueble; tampoco se encuentra acreditado que, en efecto, haya desarrollado las actividades agrícolas que señala en el escrito introductorio, por lo menos con posterioridad al año 2008, cuando su predio no fue incluido en la extensión del resguardo. Nótese, aún más, que el primero de los testigos, el señor Hernando Pérez Valencia, manifestó que “lo que recogían” **era para el consumo y no para el comercio.**

Sea dicho, entonces, que para derivar la responsabilidad que se demanda en este proceso, lo que interesaba, sustancialmente, era probar que las entidades demandadas le impidieron tal explotación, ya fuera por decisión de autoridad o por la existencia de actos administrativos que así se le impusieran, contra su voluntad, pero de ello quedó probatoriamente huérfano el plenario.

2.3.3. De la indefinición de la administración en relación con la oferta de compra del predio:

El segundo aspecto por el cual la actora considera haber sufrido perjuicio surge de la falta de definición de las demandadas a efecto de adquirir su predio por cuanto el mismo era de importancia ecológica y ambiental.

Fueron aportadas al proceso las siguientes pruebas documentales:

El **27 de octubre de 2009** la demandante presentó una petición en Corporinoquía, en la cual requirió (f. 14 c.1):

“Primero: **ADQUISICIÓN** por parte de Corporinoquía a los derechos de titularidad del predio rural 2LA FLORESTA (sic), localizado en la vereda la Gaitana del municipio de Cubará, Boyacá, adquirido mediante compraventa de bien inmueble Escritura Pública número 79 del 15 de julio de 1996 (...), con el fin de adelantar un proceso de política ambiental.”

Las razones de la petición fueron las siguientes:

“PRIMERO. Consta mediante escrito de derecho de petición en interés particular elevado ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder, radicada el 19 de agosto de 2003, la situación que presenta mi predio respecto de la situación de la Ampliación del Resguardo Unido U’wa.

SEGUNDO. Considerando que ante el desarrollo administrativo de este proceso, que no permitió su incorporación en las área (sic) definidas del resguardo se me ha ocasionado enormes perjuicios.

TERCERO. Como consecuencia se me ha impedido el no-aprovechamiento y usufructo del predio acotado, ya que se me ha prohibido por parte de las mismas Autoridades Indígenas y Juntas de Acción Comunal.

CUARTO. Ante la no inclusión de mi predio en el proceso de Ampliación del resguardo Indígena U’wa me asiste la necesidad de que la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – CORPORINOQUIA, dentro de los procesos misionales encomendados por la Constitución y la ley, ponga en consideración de la Junta Directiva, la adquisición de mi predio por su importancia ecológica, destacándose el recurso hídrico y la gran variedad de reserva forestal, la estabilidad del bosque natural, la biodiversidad, que permita adelantar un proyecto de oxigenación y reserva para familias guardabosques.” (f. 12-13 c.1).

La visita se realizó el **19 de julio de 2010** por solicitud del Alcalde Especial de Cubará, Samuel Bohórquez Vásquez. El **2 de agosto de 2010**, Corporinoquia expidió el Informe Técnico No. 700.25.8.-10-056, denominado **“ATENCIÓN DE SOLICITUD PARA EVALUAR LA VIABILIDAD AMBIENTAL Y ECOLÓGICA DE UN PREDIO RURAL EN OFRECIMIENTO DE VENTA, POR SER CONSIDERADO ÁREA DE INTERÉS EN LA CONSERVACIÓN DE UNA CUENCA HÍDRICA ABASTECEDORA”**. Señaló:

“Lo anterior, con el fin de verificar la importancia ambiental de este predio para evaluar la posibilidad de compra por parte de la Alcaldía Especial de Cubará.

(...)

Es muy importante mencionar; que los propietarios de este predio, a lo largo de estos últimos años, se abstuvieron de realizar grandes procesos de intervención antrópica y actividades en contra de la conservación del Bosque de Galería de Caños que alimentan hídricamente el acueducto veredal la Cañaguata, por ser un área con gran riqueza en el flujo hídrico en la biodiversidad ecológica.

Además: es una petición del señor Alcalde y la comunidad de esta zona, quienes son los principales beneficiarios de la Quebrada la Cañaguata aguas arriba; pues, es de este cuerpo hídrico del que captan el agua para consumo humano y para el desarrollo de todas sus actividades agropecuarias. [f. 17]

AS

(...)

Es necesario buscar una herramienta que permita declarar esta zona como reserva natural y así lograr la conservación de una gran riqueza en biodiversidad. Sin duda, estos biomas son de alto valor de importancia existente en este sector, en regulación del ciclo hidrológico y conservación de masa boscosa [f. 18].

(...)

En general, el predio está en un estado de regeneración natural óptimo, poca intervención, los propietarios del predio habían establecido una parte de ella para cultivos semestrales, sin embargo, estos fueron abandonados y actualmente esta zona se encuentra en proceso de sucesión vegetal [f. 19].

(...)

Los predios de la finca La Floresta de la señora ALIX MARÍA SANTANDER FLOREZ se localizan en las siguientes coordenadas (...), estos conservan una muestra valiosa de un ecosistema natural, por lo que es importante que sean manejados bajo los principios de sustentabilidad en el uso de los recursos naturales. Si se logra declarar este predio como una reserva natural sin ningún proceso de intervención antrópica sería muy importante para el desarrollo sostenible del Municipio, la conservación de bosques y la protección de cuencas abastecedoras [f. 20].

(...) es importante la adquisición de este predio "LA FLORESTA" ubicado en la Vereda La Gaitana de propiedad de la señora ALIX MARÍA SANTANDER FLÓREZ; pues, en la mayoría de su superficie, prevalece la biodiversidad del bosque primario con algunos recillos de bosque secundario poco intervenido en etapas de regeneración natural. [f. 20]" (Subrayas y resaltado fuera de texto)

El 3 de agosto de 2010 la señora Alix María Santander radicó en la Alcaldía del Municipio de Cubará propuesta de venta del Predio La Floresta - Vereda La Gaitana Alta, en los siguientes términos:

"...la cual posee una importancia ecológica; destacándose el recurso hídrico y la gran variedad de reserva forestal, la estabilidad del bosque natural y la biodiversidad.

Adicionalmente abastece hídricamente los acueductos de las veredas la Gaitana, El Guamo, La Esperanza y La Cañaguata. Por tal razón como propietario se me ha impedido el aprovechamiento y usufructo del predio acotado por parte de las mismas autoridades de CORPORINOQUÍA y Juntas de Acción Comunal desde el año 2003 periodo en el cual se gestiona la adquisición por parte del Resguardo Indígena en el cual no salimos favorecidos.

Resaltamos el proceso que hemos realizado con la Corporación Autónoma regional para la Orinoquía CORPORINOQUIA a la cual dirigimos un derecho de petición radicado en la ciudad de Yopal el 27 de octubre de 2009. En su respuesta se autorizó a una comisión de esa entidad para realizar una visita, la cual ya arrojó un visto bueno para desarrollar el

proyecto Eco-turístico ambiental, con el fin de que el Municipio tenga en cuenta este pedido en lo presupuestado anualmente para conservar los ecosistemas estratégicos ya la conservación de las cuencas hidrográficas.” (f. 11 – 13 c.1).

Mediante Oficio No. 300.18.14-014 de **28 de mayo de 2014** expedido por el Subdirector de Planeación Ambiental de Corporinoquía, se dio respuesta a la petición radicada por la demandante el **23 de mayo de 2014** (f. 26). En este documento se indicó que la entidad no contaba con recursos propios para adelantar los procesos de compraventa de inmuebles localizados en áreas estratégicas, pero que las alcaldías y gobernaciones sí podían disponer de esos recursos, máxime ante la existencia del concepto técnico antes referido. A renglón seguido, señaló:

*“Igualmente la Corporación registrará su oferta de venta del inmueble en mención, como opción de posible compra, en caso de obtener los recursos hacia dicha área. Ya que el Municipio ha solicitado apoyo financiero para adquirir esta clase de predios, pero hasta la fecha no se ha presentado proyectos que se pueda direccionar sus inversiones hacia el Municipio de Cubará, Boyacá. No obstante el Municipio, **no necesariamente debe invertir en compra de predios**, también lo puede hacer en mantenimiento de áreas con estas características ya adquiridas o realizar pagos por servicios ambientales a los particulares propietarios de áreas identificadas como estratégicas de fuentes abastecedoras de acueductos municipales de su jurisdicción según Decreto 953 de 2013, para que protección y conservación por parte del propietario” (f. 26-27 c.1).* (Subrayas y resaltado fuera de texto)

Ante la falta de decisión del Municipio de Cubará frente al escrito presentado desde el **3 de agosto de 2010** pasados **cuarenta y un (41) meses**, la demandante presentó el **22 de mayo de 2014** acción de tutela contra el Municipio de Cubará para que se protegieran sus derechos a la propiedad privada, trabajo, igualdad y debido proceso (f. 21).

En esta oportunidad, manifestó que: **(i)** en 2003 se realizó la ampliación del Resguardo Unido U'wa, circunstancia que hizo que le impidieran explotar, habitar y ejercer el derecho de posesión sobre la misma; **(ii)** el predio no figuró en el proceso anterior, es decir, no permitió su incorporación en las áreas definidas del resguardo; **(iii)** se le ocasionaron perjuicios, toda vez que construyeron tanques de los que distribuyen el agua para diferentes acueductos; **(iv)** a la fecha de su presentación, no había recibido respuesta del municipio frente a la compra del predio, a pesar de haber realizado una serie de requerimientos verbales y por escrito.

El **5 de junio de 2014** el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (A) profirió la Sentencia No. 015, en la cual se ordenó al Municipio de Cubará que

diera respuesta a la petición presentada el 3 de agosto de 2013 por la señora Alix María Santander (f. 28-41 c.1).

En cumplimiento de la sentencia antes señalada, mediante Oficio No. T.R.D. 101.28.06 de **11 de junio de 2014** suscrito por la Secretaria de Planeación de Cubará con funciones de Alcalde Encargada, manifestó que, previo a efectuar la propuesta de compra del bien y con el fin de **dar continuidad a los trámites adelantados por la administración anterior**, la actora debía allegar: (i) la copia auténtica de la escritura pública del predio; (ii) el certificado de libertad y tradición del mismo y (iii) la declaración juramentada en la que se indicara que el inmueble estaba libre de gravámenes. Adicionalmente, advirtió que para hacer la gestión de compra, se requería “de una prioridades (sic) de adquisición teniendo en cuenta las conveniencias financiera, técnica, jurídica y actitud (sic) del vendedor”, así como atender políticas de adquisición¹⁹, desarrollar actividades²⁰ y, en caso de no llegar a un acuerdo, debía adelantarse el proceso de **expropiación administrativa**. (f. 43-44 c.1).

El **16 de junio de 2014** la demandante allegó los documentos requeridos (f. 46 c.1)

El **9 de septiembre de 2014** la Alcaldía de Cubará solicitó a Corporinoquía el acompañamiento técnico para definir la viabilidad ambiental del predio. Esto, en la medida en que “de acuerdo a la solicitud de la comunidad, se requiere que esta visita técnica se realice en época de verano, con el fin de determinar las condiciones hídricas del predio” (f. 57 c.1). (Subrayado fuera de texto)

En el Oficio No. T.R.D. 100.14.0455 (sin fecha) suscrito por el Alcalde Municipal de Cubará (f. 47), se le informó a la señora Santander Flórez que se había solicitado una visita para evaluar la viabilidad ambiental y ecológica del Predio La Floresta, con el fin de determinar las condiciones hídricas y conveniencia de compra del mismo.

La demandante, en escrito radicado en esa entidad el **13 de enero de 2015**, manifestó hacer entrega del informe técnico expedido el 2 de agosto de 2010 (f. 48).

¹⁹ Etapas de adquisición, forma de pago, tiempo de entrega, garantías adicionales y acompañamiento social.

²⁰ Visita individual a cada predio y/o los propietarios; recolección de antecedentes inmobiliarios; estudio de títulos; preparación de documentos legales de compraventa; elaboración de conceptos legales inmobiliarios; acompañamiento y asesoría; registro de documentos en notaría y/o oficina de registro.

En Oficio No. 100.15.071 de **2 de marzo de 2015** la Alcaldía de Cubará dio respuesta a la comunicación de 13 de enero de 2015 radicada por la demandante, en la cual se indicó que el 9 de septiembre de 2014 se había solicitado a Corporinoquía una nueva visita al predio para re-evaluar la viabilidad ambiental y ecológica, sin embargo, **a esa fecha no se había realizado** y, por consiguiente, no se había dado respuesta de fondo a la solicitud. En este documento, nuevamente solicitó los documentos que fueron requeridos el 11 de junio de 2014 (f. 55-56 c.1).

El **22 de abril de 2015** la señora Alix María Santander solicitó la apertura de incidente de desacato (f. 65); en tal virtud, el **6 de mayo de 2015** el Alcalde Municipal de Cubará dio respuesta dentro del incidente de desacato adelantado por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (f. 59), en el cual advirtió:

“...De forma adicional hay que mencionar que la administración municipal solicitó a CORPORINOQUIA una nueva visita técnica al predio denominado “la floresta” de propiedad de la señora, que se debe adelantar en época de verano para analizar y re-evaluar si realmente es viable adquirir por parte del municipio este terreno, esta nueva visita se solicitó mediante oficio del 09 de Septiembre de 2014 por parte de la administración a petición de la comunidad quien dice que: “en este terreno de propiedad de la señora no existe nacimiento de agua y que en época de verano el agua que circunda el terreno se seca totalmente y que si el municipio compra el mismo incurriría en un malgasto del erario público, además la comunidad indicó que los tanques que se construyeron no se encuentran dentro del área que pertenece al terreno denominado la floresta”, esta petición de la comunidad se radicó con un escrito, el mismo se anexa a esta respuesta.” (f. 60). Subrayado fuera de texto)

El **27 de julio de 2015** la demandante presentó “Segunda solicitud incidente de desacato” ante el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, toda vez que no se había contestado de fondo la solicitud presentada (f. 58 c.1).

El **16 de febrero de 2016** la demandante allegó a la Alcaldía del Municipio de Cubará la copia de la sentencia de tutela y el informe de visita de Corporinoquía al predio La Floresta (f. 63 c.1).

El **11 de abril de 2016** mediante el Oficio No. 100.16.0379, el Alcalde Municipal de Cubará señaló:

“La administración municipal en mandatos anteriores realizó acciones tendientes a establecer la viabilidad de compra del predio La Floresta, mediante la solicitud de conceptos técnicos a Corporinoquía, que

respaldaran la adquisición de éste como un área ambientalmente estratégica de nacimientos de afluentes de la Vereda La Gaitana, fuente abastecedora del acueducto veredal "La Cañaguata"; sin embargo y como es de su entero conocimiento, **no se llegó a tal fin y la negociación del predio nunca logró llevarse a cabo.**

Es por lo anterior que de la manera más respetuosa me permito informarle que para la Administración Municipal "Semillas de oportunidad para todos" **sigue siendo de interés la compra del predio en mención, toda vez que se ha evidenciado la necesidad de llevar a cabo dicha negociación por la importancia que el predio reviste para el interés común de nuestra sociedad;** sin embargo en la actualidad no contamos con el presupuesto necesario para poder comprometer la responsabilidad del municipio en la compra.

Pese a lo anterior, **le reiteramos el interés que tenemos en realizar dicha negociación, por lo cual seguiremos realizando las gestiones necesarias para llegar a cumplir con esta meta,** toda vez que la compra de este terreno no hará otra cosa que beneficiar a nuestra comunidad" (f. 64 c.1) (Resaltado fuera de texto)

A folio 68, certificación expedida el 27 de mayo de 2016, por Flor Elba Godoy Cristancho como Presidenta de la **Junta de Acción Comunal de la Vereda La Cañaguata** de Cubará, en la cual se lee:

"La señora ALIX MARÍA SANTANDER FLOREZ (...) es propietaria del predio denominado la FLORESTA Ubicada en la Vereda la GAITANA, Municipio de Cubará – Boyacá, en la cual hay varios nacimientos de agua, de los cuales surten y benefician el acueducto las veredas la Cañaguata y hace parte de las fuentes hídricas que irrigan el acueducto de la GAITANA, por lo tanto la Junta **le hemos solicitado desde aproximadamente doce (12) años, no ejercer ninguna actividad en el predio como podar, talar, cultivar ni mantener ganado ya que afecta el ecosistema y el agua liquido fundamental para la población en crecimiento de esta región.**" (Negrilla fuera de texto) (f. 68 c.1)

Y la que obra a folio 69, los mismos términos de la transcrita, suscrita por Enoc Quiñonez Villamizar como Presidente de la **Junta de Acción Comunal de la Vereda La Gaitana.**

El **26 de septiembre de 2017** el Municipio de Cubará adelantó la verificación topográfica del predio de la demandante, en el cual se indicó que la bocatoma se encuentra en el predio de Álvaro Bedoya, es decir, está fuera del inmueble antes referido (f. 227 c.2).

2.3.3.1. De las funciones a cargo de la autoridad ambiental y los municipios en materia de la protección de predios de importancia ambiental:

A efecto de examinar si pudo presentarse falla del servicio por parte de las entidades demandadas al no decidir la compra del inmueble de propiedad de la demandada, en razón a las actuaciones descritas en el acápite anterior, analizará la Sala las funciones a cargo aquéllas.

La Ley 99 de 1993, previó en el artículo 31 las funciones a cargo de las **Corporaciones Autónomas Regionales**, consideradas como la **máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción** (num. 2º). En el contexto fáctico de este caso, se resaltan las siguientes funciones:

“5) Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten;

12) Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua (...) lo cual comprenderá el vertimiento (...) a las aguas en cualquiera de sus formas (...) que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos, estas permisos comprenden expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos concesiones, autorizaciones y salvoconductos;

18) Ordenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas nacionales;

27) Adquirir bienes de propiedad privada y los patrimoniales en las entidades de derecho público y adelantar ante el juez competente la expropiación de bienes, una vez surtida la etapa de negociación directa, cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones o para la ejecución de obras o proyectos requeridos para el cumplimiento de las mismas, e imponer las servidumbres a que haya lugar, conforme a la ley; (...)” (Resaltado fuera de texto)

El 107 de la Ley 99 de 1993²¹ **declaró de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación** de bienes de propiedad privada o la imposición de servidumbres que fueran necesarias para la ejecución de obras públicas **destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables**, conforme a los procedimientos que establece la ley. Precisó la norma:

²¹ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

“ARTÍCULO 107. UTILIDAD PÚBLICA E INTERES SOCIAL, FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD:

Decláranse de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres, que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, conforme a los procedimientos que establece la ley.

*Las normas ambientales son de orden público y **no podrán** ser objeto de transacción o de **renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.***

En los términos de la presente ley el Congreso, las Asambleas y los Concejos municipales y distritales, quedan investidos de la facultad de imponer obligaciones a la propiedad en desarrollo de la función ecológica que le es inherente.

Son motivos de utilidad pública en interés social para la adquisición, por enajenación voluntaria o mediante expropiación, de los bienes inmuebles rurales o urbanos, patrimoniales de entidades de derecho público o demás derechos que estuvieran constituidos sobre esos mismos bienes; además de los determinados en otras leyes, los siguientes:

(...)

- La ordenación de cuencas hidrográficas con el fin de obtener un adecuado manejo de los recursos naturales renovables y su conservación.

*Para el **procedimiento de negociación directa y voluntaria** así como el de expropiación se **aplicarán las prescripciones contempladas en las normas vigentes sobre reforma agraria para predios rurales y sobre reforma urbana para predios urbanos.** (...)" (Resaltado fuera de texto)*

A su vez el artículo 108 de la Ley 99 de 1993 previó:

“ARTÍCULO 108. ADQUISICIÓN POR LA NACIÓN DE ÁREAS O ECOSISTEMAS DE INTERES ESTRATÉGICO PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. Las Corporaciones Autónomas Regionales en coordinación y con el apoyo de las entidades territoriales adelantarán los planes de cofinanciación necesarios para adquirir áreas o ecosistemas estratégicos para la conservación, preservación, y recuperación de los recursos naturales.

La definición de estas áreas y lo procesos de adquisición, conservación y administración deberán hacerse con la activa participación de la sociedad civil." (Resaltado fuera de texto)

Norma modificada por el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015 que, en lo que interesa a este proceso en materia de cofinanciación, se mantuvo en su integridad

Así mismo, esa ley en el artículo 111, **vigente para la época de los hechos**, disponía:

“ARTÍCULO 111. Decláranse de interés público las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales.

*Los departamentos y municipios dedicarán durante quince años un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos, de tal forma que antes de concluido tal periodo, **haya adquirido dichas zonas.***

La administración de estas zonas corresponderá al respectivo distrito o municipio en forma conjunta con la respectiva Corporación Autónoma Regional y con la opcional participación de la sociedad civil.

PARÁGRAFO. Los proyectos de construcción de distritos de riego deberán dedicar un porcentaje no inferior al 3% del valor de la obra a la adquisición de áreas estratégicas para la conservación de los recursos hídricos que los surten de agua.” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Esa disposición fue modificada por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, **vigente para la época de los hechos**, mantuvo la declaración de interés público frente a áreas de conservación de recursos hídricos, como lo dispuso el inciso 1º del primigenio artículo 111 de la Ley 99 de 1993, pero **eliminó** la temporalidad de los 15 años, para señalar en su reemplazo que:

*“(…) Los departamentos y **municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1%** de sus ingresos corrientes **para la adquisición** y mantenimiento de dichas zonas o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales.*

*Los recursos de que trata el presente artículo, se **destinarán prioritariamente a la adquisición** y mantenimiento de las zonas.*

*Las autoridades ambientales definirán las áreas prioritarias a ser adquiridas con estos recursos o dónde se deben implementar los esquemas por pagos de servicios ambientales de acuerdo con la reglamentación que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expida para el efecto. Su administración corresponderá al respectivo distrito o municipio. **Los municipios, distritos y departamentos garantizarán la inclusión de los recursos dentro de sus planes de desarrollo y presupuestos anuales respectivos, individualizándose la partida destinada para tal fin.** (…)”*
Resaltado fuera de texto.

A su turno, el Decreto 953 de 2013 reglamentó los artículos anteriormente citados. En el artículo 4º se dispuso:

*“Artículo 4º. Identificación, delimitación y priorización de las áreas de **importancia estratégica.** Para efectos de la **adquisición de predios** o la implementación de esquemas de pago por servicios ambientales **por parte de las entidades territoriales, las autoridades ambientales deberán previamente identificar, delimitar y priorizar las áreas de importancia***

492

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: *Alix María Santander Flórez*
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

estratégica, con base en la información contenida en los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas, planes de manejo ambiental de microcuencas, planes de manejo ambiental de acuíferos o en otros instrumentos de planificación ambiental relacionados con el recurso hídrico.

En ausencia de los instrumentos de planificación de que trata el presente artículo o cuando en estos no se hayan identificado, delimitado y priorizado las áreas de importancia estratégica, la entidad territorial deberá solicitar a la autoridad ambiental competente que identifique, delimite y priorice dichas áreas.

(...)” (Negrilla fuera de texto)

En el artículo 5º se previó que **el municipio, con el apoyo de la autoridad ambiental** de su jurisdicción, **debería** seleccionar el interior de las áreas de importancia estratégica identificadas, delimitadas y priorizadas por la autoridad ambiental competente, **los predios a adquirir, a mantener o favorecer con el pago por los servicios ambientales.**

Ya en 2017 el artículo 23 de la Ley 870, eliminó el inciso que priorizaba el porcentaje de ingresos corrientes a la adquisición de predios de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales, no obstante, para entonces ya la presente demanda se encontraba en curso.

De las normas traídas a colación se infiere lo siguiente:

➤ Desde 1999:

- ✓ **Las Corporaciones Autónomas Regionales – léase Corporinoquia – tenía como función participar** en procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental fuera atendido en ellos; hacer evaluación, control y seguimiento al uso del agua; expedir normas para el manejo de cuencas hidrográficas dentro de su jurisdicción; y **adquirir bienes de propiedad privada para el cumplimiento de sus funciones.**
- ✓ El legislador declaró de utilidad pública los predios de importancia estratégica para la conservación **de recursos hídricos que surtieran acueductos municipales** a fin de que fueran **adquiridos por negociación directa o expropiación** en aras a proteger el

- medio ambiente y recursos naturales renovables, **sin que las autoridades pudieran renunciar a ello.**
- ✓ **Los municipios** estaban obligados a destinar el 1% de sus ingresos para la **adquisición de predios**, con valor hidrográfico y la administración de tales inmuebles se haría en forma conjunta con las **Corporaciones Autónomas.**
 - ✓ La ley previó un esquema de **cofinanciación a cargo de las corporaciones autónomas** para que, en conjunto con los municipios, se adelantara la compra de predios de interés hídrico.
- Para 2011 con la modificación que introdujo la Ley 1450 se previó que tal porcentaje sería sobre **los ingresos corrientes del municipio** y que se destinaría **prioritariamente** a la adquisición de predios, previa definición de la **Corporación Autónoma**, ordenando que debía **garantizarse la inclusión de tales recursos** en los planes de desarrollo y **los presupuestos anuales.**

En materia de programación presupuestal aludida la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 29 de octubre de 2015 proferida en el proceso radicado con el número 66001-23-31-000-2010-00343-01 y con ponencia de la Consejera Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, al respecto dijo:

"...De conformidad con estas disposiciones, resulta claro, a todas luces, que no es potestativa de los departamentos y municipios la decisión sobre la destinación de los recursos para la conservación de las áreas abastecedoras de los acueductos, habida cuenta que perentoriamente la norma exige que destinen no menos del 1% de los ingresos para la adquisición de los predios.

Siendo así, se trata de recursos sobre cuyo monto y destinación no pueden decidir libremente los entes territoriales, habida cuenta que la ley definió la destinación que deben darle al 1% de sus ingresos y el deber de dedicar ese porcentaje a la adquisición de los predios y al mantenimiento de las zonas, esto último a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Por su parte, la adquisición de los inmuebles con los recursos destinados por la ley está orientada a la conservación de las áreas de importancia estratégica para la generación y suministro de agua potable, asunto sobre el que se destacan los siguientes aspectos:

i) se trata de un proceso que debe ser coordinado entre los entes territoriales y la corporación autónoma regional de la jurisdicción, habida cuenta que, en su calidad de máxima autoridad ambiental, tiene la función de "...adelantar... con el apoyo de las entidades territoriales los planes de cofinanciación necesarios para adquirir áreas o ecosistemas estratégicos

493

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Alix María Santander Flórez
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

para la conservación, preservación, y recuperación de los recursos naturales”, como lo dispone el artículo 108 de la misma ley;

ii) en ese mismo orden, si bien el deber legal de destinar el 1% del porcentaje de los ingresos recae sobre los departamentos y municipios, no es menos cierto que **sobre la corporación autónoma regional recae la función de adelantar los planes de cofinanciación necesarios para adquirir las áreas, de que trata el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 y**

iii) el principio de colaboración, exigido desde las disposiciones constitucionales y el artículo 108 citado, requiere de un proceso previo de planeación, por parte de los entes territoriales y la autoridad ambiental, **que permita establecer, priorizar e identificar las áreas estratégicas y los predios a adquirir, tal como lo exigen las disposiciones de la Ley 99 de 1993, con sujeción a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario (art. 63).**

En efecto, las corporaciones autónomas regionales tienen a su cargo la función principal de “...administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente” (Desatacado fuera del texto original)

Además, señaló:

“Por otra parte, conforme con los principios de eficiencia, economía y eficacia que, desde los artículos 209 constitucional y 3° de la Ley 489 de 1998, sujetan a las entidades demandadas, **el cumplimiento de los deberes de dedicar no menos del 1% del porcentaje de los ingresos a la conservación de las zonas de importancia estratégica para el abastecimiento de agua potable, adquirir los predios y administrar las zonas, debe propender porque se adquiera el mayor número de predios requeridos con los recursos con los que se cuenta (eficiencia económica) y que los adquiridos efectivamente sirvan al fin de proteger las cuencas hidrográficas que abastecen los acueductos (eficacia).**

Objetivos que se pueden lograr a partir de la adecuada planeación y programación de que tratan las disposiciones de la Ley 99 de 1993, pues precisamente a través de estos procesos se consigue **establecer o determinar adecuadamente las áreas de importancia estratégica, identificar los predios y priorizar su adquisición, de cara a los fines de conservación ambiental, de que trata el artículo 111 ibídem.**

De donde no queda sino concluir que se trata de apropiaciones e **inversiones forzosas, con destinación específica, que la ley pone en cabeza de los entes territoriales de cara al cumplimiento de los fines superiores relacionados con el derecho colectivo al medio ambiente sano y, en especial, la vida y dignidad humana, en cuanto orientados a la protección de cuencas hídricas de las que depende el abastecimiento del agua, vital para la subsistencia en condiciones de dignidad, el mejoramiento la calidad de vida, en fin, de la satisfacción de necesidades mínimas vitales del ser humano.**

Es que no puede pasarse por alto que, como se destaca desde el bloque constitucional, las disposiciones legales y distintas investigaciones, el **acceso al agua** proveniente de las cuencas hídricas cuya administración y

*manejo está a cargo del Estado, en sus distintos niveles, por estar relacionado con la **satisfacción de mínimos vitales del ser humano**, es factor determinante de la equidad social, reducción de la pobreza, mejoramiento de la calidad de vida y prevención de la mortalidad por causa de enfermedades asociadas con la carencia de ese recurso .” (Negrilla fuera de texto)*

Y, en materia convencional, se destaca que en la **Declaración de la Conferencia del Mar del Plata de las Naciones Unidas**²² (1977), se reconoció por primera vez el agua como un derecho humano, así mismo, se declaró que “*Todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acorde a sus necesidades básicas*”. Y en las **Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas**, son los referentes normativos de mayor trascendencia aquellos relacionados con el derecho humano del agua²³.

Sin lugar a dudas es responsabilidad del Estado proteger el derecho humano al agua²⁴ que se sintetizan de la siguiente forma, acudiendo a documento de la Defensoría del Pueblo²⁵:

²² Declaración que hace parte tanto del derecho internacional público ambiental como de los derechos humanos; y en las Naciones Unidas y su programa ONU-AGUA que ha mostrado la escasez del agua potabilizable.

²³ En la observación 15 se indica: ““(…) 1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua. La polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general.

2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. (...)” - Negrilla fuera del texto -.

Debe advertirse que la Observación General No. 15 del CDESC ha sido aprobada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de establecer el contenido del derecho de acceso al agua potable, además de que ha sido clara en indicar que forman parte del bloque de constitucionalidad y en este sentido del ordenamiento interno los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Al respecto, puede consultarse la sentencia T-220 de 2007 proferida por la Corte Constitucional.

²⁴ Aunado a lo anterior, el **Derecho Internacional Público Ambiental** introdujo las bases de la ecología moderna; ello derivó en la implementación de medidas jurídicas dirigidas a la protección del medio ambiente y del derecho humano al agua pues, está enfocado en la vigilancia y cuidado de las fuentes hídricas. Lo expuesto, sumado a la jurisprudencia constitucional que ha discurrido que el agua para el consumo humano hace parte del bloque de constitucionalidad por inclusión directa, por consiguiente, pertenece al ordenamiento interno y produce obligaciones del Estado frente a su protección y garantía.

²⁵ Defensoría del Pueblo- Avance del DERECHO HUMANO al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011

- a. **Aseguramiento de acceso a un volumen mínimo de agua;**
- b. Garantía de acceso físico **razonable y salubre;**
- c. Mandato de **no discriminación injustificada**, particularmente frente a sujetos vulnerables;
- d. Garantía de **condiciones de seguridad e integridad personales** para el acceso;
- e. **Distribución equitativa** de infraestructura y **oferta hídrica** disponible;
- f. **Construcción de estrategias y planes de acción en materia de recursos hídricos**, tomando en cuenta revisión periódica, dimensión participativa, transparencia, preexistencia de metodologías, creación de indicadores y niveles de referencia y enfoque diferencial;
- g. **Monitoreo del grado de materialización del derecho;**
- h. Creación de **programas de acceso a bajo costo** para poblaciones vulnerables;
- i. Promoción del **saneamiento** para la prevención de problemas de salud pública relacionados con ausencia de acceso al agua, y
- j. **Prohibición de privación de suministro mínimo vital indispensable.**

No se pierde de vista, además, que ha sido reiterado el criterio de Consejo de Estado que el agua, tiene la doble connotación como **derecho fundamental y colectivo integrante del medio ambiente**. En efecto, precisó la Sección Primera, en sentencia, de 28 de marzo de 2014, dentro del expediente 25000-23-27-000-2001-90479-01²⁶, siendo ponente el Consejero Doctor Marco Antonio Velilla Moreno:

“El medio ambiente ha conducido en la actualidad a una reflexión interdisciplinaria que lo concibe como el conjunto de factores naturales o artificiales que influyen sobre el contexto en el cual el hombre vive. Esta acepción que aparece en principio como muy general, merece ser precisada y complementada con otras que son vecinas, como ecología, naturaleza, calidad de vida, contexto de vida, y patrimonio... se acoge el concepto según el cual el medio ambiente, en su connotación como derecho se refiere a las interacciones y relaciones de los seres vivientes (incluido el hombre) entre ellos, y con su entorno.

Así, se ha entendido y desarrollado la noción de medio ambiente como todo lo que rodea a los seres vivos y comprende elementos biofísicos, los recursos naturales como el suelo, el agua, la atmósfera, la flora, la fauna, etc.; y los

²⁶ Expedientes acumulados 54001-23-31-004-2000-0428, 54001-23-31-004-2001-0122, 54001-23-31-004-2001-0343, relativos a la contaminación del Río Bogotá.

componentes sociales. Las distintas normativas buscan establecer la correcta interrelación de los distintos elementos en aras de salvaguardarlo.

En ese orden de ideas, resulta lógico que dicho derecho cuente con varias dimensiones, toda vez que ostenta la calidad de i) derecho fundamental (por encontrarse estrechamente ligado con los derechos fundamentales a la vida y a la salud); ii) de derecho-deber (todos son titulares del derecho a gozar de un ambiente sano pero, además, tienen la obligación correlativa de protegerlo); iii) de objetivo social (conservación de las condiciones del medio ambiente para garantizar la supervivencia de las generaciones presentes y futuras) y, iv) de deber del Estado (conservación del medio ambiente, eficiente manejo de los recursos, educación ambiental, fomento del desarrollo sostenible, e imposición las sanciones a que haya lugar)... el derecho al ambiente sano, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial citado, es un derecho de rango constitucional, de carácter fundamental, del cual somos todos titulares y del que, además, tenemos la obligación de contribuir para su preservación, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros.

Del mismo modo, corresponde al Estado, la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano, para lo cual deberá ejercer las funciones de control y vigilancia de las actividades económicas que puedan afectarlo, pero permitiendo su desarrollo sostenible, y garantizando, además, el correcto manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.” (Subrayas de la Sala).

Precisado de esta forma el contexto normativo y jurisprudencial que resulta aplicable al caso, procederá la Sala a examinar si tales funciones, conforme al material probatorio, se muestran cumplidas o si, por el contrario, falló el servicio por omisión, como lo afirma la demandante.

2.3.3.2. De la omisión en el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades demandadas y la prueba recaudada – Falla de servicio:

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 29 de agosto de 2007 en el expediente radicado con el número interno 15526 y con ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo Gómez, sobre la responsabilidad del Estado por **omisión**, explicó:

“En casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído —en los cuales se endilga a la Administración una omisión derivada del supuesto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo—, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el

494

contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto.

(...) *Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable **no ha atendido** —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.*

(...) *En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, **la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente**; y, en segundo lugar, **la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta**” (Negrilla fuera de texto)*

De la prueba documental recaudada y antes reseñada, se extrae que:

- Desde el año **2010** la Corporación Autónoma Regional de Orinoquía conceptuó que **a)** en el Predio La Floresta corría un cuerpo de agua que abastecía el consumo humano y diferentes actividades agropecuarias y **b)** era importante su adquisición dada la biodiversidad de los bosques primario y secundario.
- En virtud del concepto expedido por la autoridad ambiental, **desde agosto de 2010** la demandante radicó en la Alcaldía del Municipio de Cubará una propuesta de venta del inmueble, sin embargo, **ello nunca fue definido**, tanto así que se vio obligada en mayo del año **2014** a acudir a la acción de tutela para obtener una respuesta de fondo.
- En 2014 Corporinoquía, respondió a la actora que **registraría su oferta** como opción de **posible compra** pues: i) carecía de recursos y ii) el municipio había solicitado apoyo para tal fin y no había presentado proyecto alguno al que pudieran redireccionarse los recursos.

- De forma reiterada el municipio mantuvo expectante la posibilidad de compra en misivas dirigidas a la ahora demandante, como se infiere de las documentales antes trascritas, indicándole trámites, documentos necesarios para ello y reiterando su interés en la adquisición, dada la riqueza hídrica del predio y la importancia para la comunidad.
- En la respuesta dada el **11 de junio de 2014**, la alcaldía de Cubará expuso que previo a definir la propuesta de compra, era necesario que se aportaran documentos y le anunció que en caso de desacuerdo **procedería la expropiación**.
- Así mismo, **el 9 de septiembre de 2014** el municipio solicitó a la corporación autónoma, realizar visita técnica de viabilidad ambiental y ecológica **a solicitud de la comunidad**. Desconoció, sin embargo, que, desde **agosto de 2010**, tal concepto había sido emitido, en las condiciones ya anunciadas que evidenciaban la importancia estratégica del predio.
- Al **2 de marzo de 2015** el municipio, informó a la ahora demandante que aún no se había realizado la visita técnica y, **nuevamente**, le requirió los documentos que la propietaria ya había entregado de tiempo atrás y que estaban en su poder.
- En el mes de **abril de 2016**, nuevamente, el municipio **manifestó a la actora su interés en adquirir el predio por la importancia que revestía para la comunidad**, pero le señaló carecer de recursos.

Bajo este panorama, concluye la Sala que ni el municipio, ni la Corporación cumplieron con las funciones a su cargo, en efecto, ni por asomo se encuentra que, más allá de promesas, a pesar de la clara identificación del predio de propiedad de la actora como de importancia hídrica, la **autoridad ambiental** haya planificado la compra del inmueble dada su importancia ambiental; tampoco que haya evaluado, controlado o efectuado seguimiento alguno al uso del agua que identificada en el Predio La Floresta a fin de establecer si la demora en la decisión de compra afectaba o ponía en peligro este recurso, se limitó a emitir concepto e informar que probablemente sería comprado o apoyaría en ello al municipio.

Cabe preguntarse, cómo ante una evaluación como la efectuada sobre el predio, calificado como de reserva hídrica y por ello importante su adquisición, no haya desplegado a partir de entonces directrices para el manejo de tal caudal ubicado en su jurisdicción.

495

Y, finalmente, a pesar de la desidia del municipio en tomar la determinación, no haya hecho uso de la función que le imponía la ley en adquirir predios de propiedad privada y de interés ambiental, como el de propiedad de la demandante, limitándose a señalar que carecía de recursos y, realmente, a descargar las funciones que le eran predicables, en ineficiencias achacables al municipio por no haber presentado proyecto alguno para direccionar los recursos.

En efecto, siendo de utilidad pública e interés social el predio de propiedad de la actora, la Corporación no podía desentenderse de su destino y uso, ello le competía a la luz del artículo 107 de la Ley 99 de 1993 en aras a proteger un recurso natural no renovable.

En cuanto al Municipio, fue tal su decidía no sólo en la toma de la determinación que se evidenciaba de interés general, dado que el agua que corría por el predio de la actora abastecía a acueductos de su jurisdicción, por años se abstuvo no sólo de decidir, sino también de destinar el porcentaje de sus ingresos que por ley debía destinar en sus presupuestos para tales fines, limitándose a expresar carencia de los mismos, pero no porque destinándolos a tales efectos, se habían agotado, sino, simplemente porque nunca los incluyó.

De igual forma, la cofinanciación que por parte de la Corporación dispuso la ley, no se hizo y sólo se justificó en que el Municipio no había presentado proyectos a los cuales pudiera re-direccionarlos; sin siquiera inmutarse por cumplir con su función de participación, planificación, evaluación, control o seguimiento en relación con el predio que ella misma conceptuó era de importante adquirir dado que suministraba agua a acueductos de veredas del municipio. Tampoco se evidencia la identificación previa del predio, excepto para 2010, sin embargo, a pesar que fuera solicitada una nueva identificación por parte del municipio, la omisión de la Corporación, fue innegable.

Dígase que además que no se trataba de apoyos discrecionales por parte de la autoridad ambiental, sino de una acción encaminada a la identificación del área e intervenir en la adquisición directa y prioritaria del mismo o, cuando menos de dar apoyo al municipio para tal fin. Pero el plenario denota que nada de ello ocurrió en una década.

*Se insiste, en cuanto al municipio, fue clara la norma, y así lo entendió la jurisprudencia, que la reserva del 1% para la conservación de áreas abastecedoras del municipio, **es obligatoria**, sin embargo, nada de ello se probó y así pasaron 10*

años en los que este deber fue desatendido por completo; asunto que tampoco fue de interés para la Corporación, a fin de cofinanciar, si era del caso, tal compra. No se trataba de una simple imposibilidad presupuestal que solo competía al municipio, y tampoco puede perderse de vista, como ya se explicó, que desde el año 2010 la Corporación Autónoma Regional de Orinoquía consideró que las condiciones del Predio La Floresta ameritaban su compra, sin embargo, tampoco se ocupó de su cofinanciación.

Todo, se reitera, se limitó a comunicaciones los Oficios que nada decidieron, el principio de colaboración entre las demandadas fue abiertamente omitido a pesar de haber identificado un predio de importancia estratégica para el abastecimiento de agua potable, nada se hizo para proteger el abastecimiento del agua vital para subsistir de forma digna, mejorar las condiciones de vida o mejor la vida colectiva; omisiones con las que, por contera, dejaron de lado deberes derivados de instrumentos internacionales, derechos fundamentales y colectivos, como lo ha dicho la jurisprudencia.

Durante, aproximadamente, diez años la demandante fue atenta a los requerimientos de la administración, en razón al expreso interés por adquirir su predio dada la riqueza ecológica e hídrica, por el contrario, el Municipio de Cubará y Corporinoquía, evidenciaron total desatención a la situación que planteaba la ciudadana hoy demandante, a pesar de reconocer el valor ambiental del predio y, por ende, su importancia para la comunidad, es decir, para el interés general.

Nada excusa que el Alcalde de Cubará se dirigiera a la Directora General de Corporinoquía (f. 61) el 10 de junio de 2014 para recabar la importancia de adquirir el predio de propiedad de la demandante dada la necesidad de conservar recursos hídricos que surtían agua el acueducto Veredal La Cañaguata y que, tanto uno como otra, vieran pasar el tiempo sin pronunciamiento alguno.

Hecho ratificado por los presidentes de juntas de acción comunal de Veredas del Municipio de Cubará quienes solicitaron²⁷ a que la demandante evitar el uso de su predio atendiendo a la posible adquisición del predio, tal como lo anunciara expresa y tácitamente la administración, dado su alto valor hídrico.

²⁷ Verbo transitivo: “pedir algo de manera respetuosa o rellenando una solicitud o instancia”. Definición consultada en la página web del Diccionario de la Real Academia Española (link: <https://dle.rae.es/?id=YI2EH8k>)

Vale precisar que el daño antijurídico considerado en esta decisión recae sobre la incapacidad institucional para decidir con prontitud si el predio debía ser declarado reserva natural para ser adquirido o no; sin perjuicio de valor del bien o la explotación del mismo.

Sin más consideraciones, concluye esta Sala que *Alix María Santander Flórez* fue sometida a una indefinición de, aproximadamente, una década, sin que se resolviera por parte del Municipio de Cubará y Corporinoquia la situación de su inmueble, lo cual, por falla del servicio, comporta un daño antijurídico.

Por último, respecto del Departamento de Boyacá, bastará decir que no intervino en el procedimiento administrativo iniciado por la actora y tampoco fue vinculado por ninguna de las entidades ahora involucradas. Por esta razón, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y se negarán las pretensiones frente a éste.

2.3.4. De la pérdida de oportunidad:

Una vez determinado el daño antijurídico padecido por la demandante, este es, la indefinición sobre la situación jurídica del Predio La Floresta, en ejercicio del principio *iura novitu curia*²⁸, se procederá a la adecuación de la situación fáctica del caso concreto enfocándolo al título denominado pérdida de oportunidad, sin que esto implique un desbordamiento, alteración o modificación de la causa petendi, ni se establezca un curso causal hipotético arbitrario.

²⁸ Al respecto se pueden consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, rad. 10229, M.P. Ricardo Hoyos Duque; Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2000, rad. 10867, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2000, rad. 12990, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2000, rad. 13288, M.P. Ricardo Hoyos Duque; Sección Tercera, sentencia del 24 de mayo de 2001, rad. 12819, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2003, rad. 14083, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, rad. 15494, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2011, rad. 18431, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez; Sección Tercera, sentencia del 12 de mayo de 2011, rad. 26758, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, sentencia del 25 de mayo de 2011, rad. 15838, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 20306, M.P. Danilo Rojas; Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 20713, M.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012, rad. 21196, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, sentencia del 24 de mayo de 2012, rad. 21516, M.P. Hernán Andrade Rincón; Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22366, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, rad. 24897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2012, rad. 20773, M.P. Hernán Andrade Rincón; Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2013, rad. 24884, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Lo anterior, en la medida que, en los escenarios en los que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al señalado principio, conforme al cual frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable, sin que ello derive a la modificación de la causa petendi²⁹.

La demanda acudió al título de imputación conocido como daño especial, sin embargo, a juicio de esta Sala es la **inexcusable falla del servicio** la que deriva en una **pérdida de oportunidad**. Al respecto, para sustentar la anterior afirmación, se trae a colación sentencia del Consejo de Estado³⁰ que, al examinar un caso de destrucción de un inmueble por causa de un incendio en el que se adujo tardanza en la llegada de los bomberos y deficiencia del recurso hídrico necesario para controlarlo, precisó:

*“...En ese orden de ideas, la **inadecuada prestación del servicio público** esencial de prevención y control de incendios, a cargo del municipio demandado, únicamente constituyó una pérdida de oportunidad en la atención del incendio.*

*En estos eventos se ha considerado que la pérdida de oportunidad no es equivalente a la **pérdida de lo que estaba en juego**, en este caso vivienda de la demandante, sino a la **frustración de las posibilidades** que se tenían de llegar al resultado esperado, preservación de la vivienda, las cuales dependerán de las probabilidades de obtener el beneficio deprecado, en atención de las situaciones fácticas de cada caso...” (Resaltado fuera de texto)*

Además, no se pierde de vista el auto proferido el 3 de octubre de 2018 (f. 275 y s.s.) por el Consejo de Estado que revocó la decisión de este Tribunal que, en este proceso, declaró probada la excepción de caducidad; se precisó en esa oportunidad:

*“...Visto lo anterior³¹], para esta Corporación resulta evidente que la administración municipal reconoció la existencia de una obligación que no ha podido cumplir, es decir, el inicio de la negociación del predio. El Despacho entiende que la demandante **vio frustrada la expectativa de enajenación**, en razón a que, a pesar de haber mostrado interés en efectuar*

²⁹ Sentencia proferida por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de octubre de 2014, radicación 54001-23-31-000-1999-00827-01 (27029) y ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia proferida el 22 de junio de 2017, expediente con Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00809-01(38361), actor: Teresa Olaya de Villareal, demandado: Municipio de Neiva y otros.

³¹ Se refirió en esa ocasión al Oficio emanado de la Alcaldía de Cubará el 11 de abril de 2016 que obra a folio 64 C.1

497

*la adquisición del inmueble, la Alcaldía no ofreció alternativas para continuar con el procedimiento, **circunstancia de la que se infiere un daño que pretende le sea indemnizado...*** (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, procederá la Sala a examinar los requisitos de este título de imputación.

2.3.4.1. De los requisitos de la pérdida de oportunidad:

La Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-00645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, sobre la pérdida de oportunidad, explicó que **es un daño autónomo** e indicó que se ha tratado conforme a dos variantes jurisprudenciales, la primera, con fundamento en la causalidad probabilística y la segunda, que considera que ésta representa un fundamento de daño cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre hecho dañoso y el daño final, sino **en función de la frustración de la expectativa legítima** (teoría relacionada con el daño); sin embargo, dijo, los casos en que se comprenda este tema, debe abordarse desde la segunda variante. Así, consideró que son requisitos para su estructuración:

"...14. La pérdida de oportunidad como daño autónomo

*14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad **es un daño en sí mismo con identidad y características propias**, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una **expectativa legítima**, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió³². Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010³³, señaló:*

*La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, **pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta** éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de*

³² En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, **pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):**

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que **la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido**; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el **daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad**—que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa— se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-

14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

(...)

14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como **fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima**; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se

*instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la **relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final**, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente³⁴.*

14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo³⁵, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

14.7. Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.” (Resaltado fuera de texto)

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.”

“Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a “un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante” respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

³⁵ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir —reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo—, un cierto comportamiento de parte de la persona pública —lo que constituye el objeto de su obligación— a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

Así mismo, en la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 dentro del proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2007-00337-01(42176) y con ponencia del Doctor Alberto Montaña Plata, la Subsección "B" de la Sección Tercera, explicó que la pérdida de oportunidad no puede ser cualquiera, pues debe advertirse como sería. Ello quiere decir que debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que la omisión de la autoridad generadora del daño, **disminuyó la probabilidad de ganar o aumentó la de perder**, de manera relevante para el derecho. Lo anterior, dijo, obedece al mismo concepto de **interés legítimo**, en la medida que debe tratarse de una posición de ventaja reservada para el titular de aquel (el interés).

A su vez, en la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 con ponencia de la Consejera Doctora Adriana Marín³⁶, luego de señalar que la pérdida de oportunidad aborda un menoscabo que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento, indicó que, en los tres requisitos mencionados en la sentencia antes citada, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que merece resarcimiento, a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo, en tanto se trata de un mero interés legítimo, sin que se trate de un daño puramente eventual. Ello, siempre y cuando se acredite **la existencia de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente**, de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, **la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o evitar el detrimento**.
2. La imposibilidad **definitiva** de obtener el provecho o evitar el detrimento. En este caso, si el resultado todavía puede ser alcanzado, el chance aún no estaría perdido y no habría nada por indemnizar.
3. La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe determinar si, realmente, se hallaba en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

³⁶ Sección Tercera, Subsección "A", radicación 15001-23-31-000-2010-00068-01(54103).

697

A lo anterior, agregó que para que el daño se tenga por probado, de la situación fáctica de la demanda se debe deducir certeza de la expectativa que se pierde; la imposibilidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios y que se encontraba en situación apta para la consecución de la indemnización.

Así, descenderá la Sala a establecer si, conforme a lo probado en el plenario, en este caso, se cumplen con los requisitos exigidos jurisprudencialmente para predicar la pérdida de oportunidad o pérdida de chance.

- **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado:**

Conforme lo establece la jurisprudencia *ut supra* citada³⁷, para determinar si el caso concierne a un daño de pérdida de oportunidad, se debe establecer lo siguiente:

“...el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción”³⁸.

³⁷ Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

³⁸ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento sine qua non frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo

15.3.1. *En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.” (Resaltado fuera de texto)*

Entonces, se debe determinar el carácter aleatorio del daño final.

Tal como queda expuesto en el acápite que examinó la prueba documental, a esta Sala no queda duda que, la actora, desde 2010 tenía la **expectativa legítima** de que su predio sería adquirido por el municipio, en tanto la Corporación había emitido concepto conforme al cual el inmueble representaba riqueza ambiental que ameritaba ser protegida, que de haberse concretado hubiera evitado que ella se viera abocada a una espera que nunca se concretó.

Y es que, como quedó explicado, no se trataba solo de conjeturas surgidas de la ilusión o el deseo de la propietaria y, aunque tampoco de la existencia de una oferta concreta de compra del inmueble por parte de la administración, es decir, no existía certeza de ello.

Pero es innegable que el municipio de forma reiterada le comunicó su interés en la compra, dada la condición ambiental del inmueble y el interés que representaba para la comunidad, con intensidad suficiente para considerar que ello era altamente probable, en efecto, no sólo existió el concepto técnico, sino la reiterada solicitud de documentos encaminados a concretar la oferta de compra. La expectativa de adquisición de su propiedad que, a juicio de esta Sala, fue truncada por la ineficiencia institucional, como ya se explicó.

- **Certeza de la existencia de una oportunidad:**

que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

Sobre este elemento, el Consejo de Estado indicó³⁹:

*“En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, **existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”**⁴⁰ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes⁴¹.”*

No cabe duda a esta Sala que la oportunidad de compra existió, pero ante la **inexcusable omisión** en que incurrieron el municipio y la corporación se perdió. En efecto, la actora hubiera podido disponer de su predio sin ningún obstáculo, como el propuesto por las juntas de acción comunal sí, las demandada de forma oportuna, hubieran tomado medidas para concretar la oferta o para desestimarla, pero contrario a ello, se mantuvo la incerteza en la propietaria ahora demandante y nunca definió la situación, se limitaron a dilatar la decisión mediante una serie de respuestas que únicamente le informaron trámites y más trámites, al punto de, incluso, evadir la respuesta concreta al interés que, en multitud de ocasiones le fue presentada, llegando al extremo de incumplir la orden judicial que le exigía una respuesta oportuna, clara y de fondo a la petición y ahora, imponer a la demandante acudir a esta jurisdicción.

Si las demandadas no hubieran omitido sus deberes, como lo hicieron, ningún evento dañoso, como el que dio lugar a esta demanda hubiese ocurrido; la demandante, y por contera la comunidad, habrían obtenido el beneficio que

³⁹ Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

⁴⁰ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴¹ “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio **pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible**. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”: MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

esperaban o, cuando menos, la demandante hubiera gozado a plenitud de su propiedad, pero, se recuerda, la misma fue catalogada de interés ambiental.

- **Pérdida definitiva de la oportunidad:**

El Consejo de Estado, sobre la pérdida definitiva de la oportunidad⁴², expresó:

“En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual⁴³; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.”⁴⁴

⁴² Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

⁴³ A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: “La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

⁴⁴ Adicionalmente, el Consejo de Estado indicó:

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010⁴⁴, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder

Para este caso, según quedó evidenciado, han pasado diez (10) años desde el momento en que la Corporación emitió concepto de importancia hídrica del predio de propiedad de la actora y, en tanto tal circunstancia, en ese año 2010 se inició por parte de la propietaria gestiones interminables para que, contado, se repite, con el mencionado concepto, el municipio lo adquiera en beneficio de la comunidad.

Sin embargo, como quedó reseñado, ante la inercia administrativa, cuatro años después la actora se vio forzada a acudir al juez constitucional y, a pesar de ello, y de la orden dada para que se decidiera si haría la oferta, tampoco fue posible que ello se definiera, a pesar, como se ha reiterado, de manifestar su interés, situación que, nuevamente, se evidenció en el año 2016, sin que a la fecha de esta providencia actuación alguna indique que ni la Corporación ni el Municipio culminarán ofreciendo alternativa alguna, como lo infirió el Consejo de Estado, desde los inicios de este proceso; aún más, basta regresar sobre las intervenciones procesales de las demandadas para concluir que ello no surge posible.

Si bien, según el plenario, el predio sigue siendo de propiedad de la demandante y ello daría lugar a considerar que tal compra aún puede efectuarse, lo cierto es que, esa es una eventualidad que, a la luz de este plenario y de los fundamentos fácticos y procesales estudiados, no se vislumbra. En efecto, las demandadas no ofrecieron ninguna alternativa a la actora, ni para entonces, ni durante el trámite de este proceso, en que, sea dicho, se opusieron al deber de compra.

Aún más, en las alegaciones de instancia el municipio a través de su apoderada, expresó “Honorables (sic) Magistrado solicito se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, atendiendo que mi representada **no está obligada a adquirir el predio La FLORESTA...**” (fl. 468 vto.) Resaltado fuera de texto.

Y es que, en todo caso, de posibilitarse otra negociación e incluso la expropiación, sería el fruto de una, allí sí, nueva evaluación de las condiciones del predio, pues, no se pierde de vista que luego de una década, ellas pueden haber desaparecido o no, pero no serán iguales, lo cual lleva a concluir que, frente a lo acá juzgado, la

del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

negociación del predio como consecuencia de la propuesta presentada en 2010 quedó **truncada de forma definitiva** por la incapacidad institucional probada.

En conclusión, como quedó expuesto, **la incapacidad institucional**, mantenida por años, para decidir sobre la adquisición del Predio La Floresta calificado por Corporinoquía como de importancia ecológica y ambiental, constituyó la pérdida de oportunidad para la demandante en relación con la oferta de venta que presentó en 2010. En conclusión, las falla en el servicio descrita en acápite anterior, es suficiente para dar viabilidad a la pérdida de oportunidad, tal como se ha venido discutiendo.

2.3.4.2. De los perjuicios en casos de pérdida de oportunidad:

El Consejo de Estado en la sentencia proferida el 5 de abril de 2017 con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, consideró que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de la indemnización, por ello, estableció los parámetros para cuantificarla:

- i) *El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el **truncamiento de la expectativa legítima**, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.*
- ii) *La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, **inferior al 100% y superior al 0%**, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*
- iii) *El **porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada** debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina⁴⁵, bien sea a)*

⁴⁵ Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño*.

502

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Alix María Santander Flórez**
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad⁴⁶, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998⁴⁷-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados⁴⁸.

- iv) *Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos⁴⁹, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque, aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.” (Negrilla fuera de texto)*

Igualmente, en las sentencias ut supra citadas que fueron proferidas por la misma Sección el 19 de septiembre y 15 de noviembre de 2019 se indicó que, para el pago de los perjuicios, debía acudirse al criterio de equidad, conforme lo establece el artículo 16⁵⁰ de la Ley 446 de 1998 que reza:

Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

⁴⁶ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

⁴⁷ “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

⁴⁸ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁹ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

⁵⁰ Declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-114 de 1999.

“ARTÍCULO 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales.”

Bajo los anteriores parámetros la Sala estudiará la procedencia del pago de perjuicios deprecado.

2.3.4.2.1. Daño material – pago del predio y lucro dejado de percibir

La parte actora solicitó le sean pagados los siguientes conceptos:

“Determinación de Ingresos anuales por las actividades agrícolas y ganaderas, en nuestro caso tendremos como ingresos los siguientes:

(...)

**Total, perjuicios por no explotación del predio LA FLORESTA
\$429.700.000.**

AVALÚO COMERCIAL Y AMBIENTAL: Se hace conforme dictamen pericial realizado por el auxiliar de la justicia José Ángel Olmos Castiblanco y que se acompaña a esta demanda, y donde se determinó el avalúo así:

(...)

**(VALOR COMERCIAL AGRÍCOLA X VALOR POTENCIAL
AMBIENTAL = GRAN VALOR TOTAL DEL AVALÚO)**

$\$699.550.000 \times 100\% \times 2 = \$1.399.100.000$

**GRAN TOTAL DEL AVALÚO: SON MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y
NUEVE MILLONES CIEN MIL PESOS M/CTE (\$1.399.100.000)**

**TOTAL DE PERJUICIOS RECLAMADOS: MIL OCHOCIENTOS
VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS
(\$1.828.800.000)” (f. 137-138)**

Al respecto se dirá que no es procedente reconocer a título de perjuicio material el valor de la propiedad, toda vez la señora Alix María Santander Flórez, mantiene su derecho a utilizar el bien de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, por tanto, puede enajenarlo, arrendarlo o cederlo, formas todas ellas que se encuadran dentro del concepto de explotación jurídica del bien⁵¹. Además, no fue probado que las demandadas hubieran impedido su explotación.

⁵¹ Al respecto puede consultarse la sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de mayo de 2012 dentro del proceso radicado con el número 25000-23-26-000-1993-04137-01(21906) con ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

De otra parte, se recuerda que el daño antijurídico estimado en este caso se encuadra en una pérdida de oportunidad, surgida de la incapacidad institucional, en consecuencia, su indemnización se contrae al truncamiento de la expectativa legítima y nada más.

2.3.5. De la vulneración de derechos convencional y constitucionalmente protegidos:

En el sub examine, a juicio de esta Sala, salta a la vista la inexcusable omisión del deber funcional del Estado prolongado por una década, en perjuicio de derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

En la Sentencia T-149 de 2013, precisó la Corte Constitucional:

“...4.1. Esta Corporación ha precisado que el derecho de petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política, es una garantía fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), cuya efectividad resulta indispensable para la consecución de los fines esenciales del Estado⁵², especialmente el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta Política y la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el cumplimiento de las funciones y los deberes de protección para los cuales fueron instituidas la autoridades de la República (C.P. art. 2).⁵³ De ahí, que el referido derecho sea un importante instrumento para potenciar los mecanismos de democracia participativa y control ciudadano; sin dejar de mencionar que mediante su ejercicio se garantiza la vigencia de otros derechos constitucionales, como los derechos a la información y a la libertad de expresión.⁵⁴...”

⁵² Para estudiar una de las primeras sentencias que examinó el Derecho de Petición como garantía de aplicación inmediata puede verse la sentencia T-012 del 25 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ En múltiples oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre el sentido, alcance y ejercicio del derecho de petición, para tal efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-12/92, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-419/92, MP: Simón Rodríguez Rodríguez; T-172/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-306/93, MP: Hernando Herrera Vergara; T-335/93, MP: Jorge Arango Mejía; T-571/93, MP: Fabio Morón Díaz; T-279/94, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-414/95, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-529/95, MP: Fabio Morón Díaz; T-604/95, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-614/95, MP: Fabio Morón Díaz; SU-166/99, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-307/99, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-079/01, MP: Fabio Morón Díaz; T-116/01, MP(E): Martha Victoria SÁCHICA Méndez; T-129/01, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-396/01, MP: Alvaro Tafur Galvis; T-418/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-463/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-537/01, MP: Alvaro Tafur Galvis; T-565/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1089/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; T-481/92, MP: Jaime Sanin Greiffenstein; T-159/93, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-056/94, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-076/95, MP: Jorge Arango Mejía; T-275/97, MP: Carlos Gaviria Díaz; y T-1422/00, MP: Fabio Morón Díaz.

⁵⁴ Sobre la vigencia de otros derechos fundamentales que pueden garantizarse a través del derecho de petición pueden verse las sentencias T-1089 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1160A de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En tales condiciones el ejercicio de la función pública debe estar enfocado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacándose los previstos en el artículo 2º de la Constitución Política, principios que la Corte Constitucional, desde sus inicios, interpreto de la siguiente forma⁵⁵:

*“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: **el Estado social de derecho**, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, **el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general** (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; **su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.** Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.*

*Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. **No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.** En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.” Resaltado fuera de texto.*

Así, el cumplimiento de los anteriores principios constitucionales, impone a la actividad estatal guiarse no sólo por el cumplimiento de sus funciones sino también por principios generales del ejercicio de la función pública, en particular con, **eficacia, economía y celeridad** (art. 209 C.P.)

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

504

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: *Alix María Santander Flórez*
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

En estas condiciones, considera esta Sala que la antijuridicidad la situación que plantea el caso, denota que quienes son garantes de los derechos de los ciudadanos y deben actuar en consonancia con los principios de eficacia y celeridad, lo hicieron en directa contradicción con ellos y de esta forma, atentaron contra la dignidad humana que implica la existencia de proyectos de vida individuales y contra las garantías que trae consigo la propiedad privada, al tenor del artículo 58⁵⁶ en tanto, la expectativa legítimamente creada, implicaba que la ahora demandante cediera su interés particular en beneficio del interés general y mientras ello se definía, era su deber atender la latente función social de carácter ecológico que se había conceptualizado por la autoridad ambiental. No obstante, nada de lo anterior fue atendido en el ejercicio de la función pública a cargo de los servidores públicos del municipio, como quedó demostrado.

Analizadas las disposiciones traídas a colación, ellas están íntimamente relacionadas con el derecho a obtener respuesta oportuna y de fondo, que permitieran el desarrollo tranquilo de la vida y el uso y goce pleno y tranquilo la propiedad, con acciones estatales eficaces y céleres.

Además, las omisiones en que incurrieron las demandadas, quebrantaron los principios rectores del Estado Social de Derecho. Al respecto se precisó en la sentencia C-336 de 2008:

“Como primer fundamento del modelo conocido como Estado social de derecho, se cuenta el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana. De esta manera, el constituyente de 1991 aportó claridad respecto de quien es considerado el centro de la organización socio-política, es decir: la persona humana en su dimensión individual y social; en este último caso, en sus relaciones con los otros y en la tensión que se genera cuando ella interactúa con las demás personas.

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y

⁵⁶ “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.” (Subrayado fuera de texto original)

Así, el daño antijurídico considerado en esta decisión recae sobre la **incapacidad institucional** para definir la oferta de compra de un inmueble catalogado como de valor ambiental, nada más y nada menos, por poseer agua que alimentaba a acueductos veredales, lo cual resultó, finalmente, de ningún interés para las entidades demandadas. Comportamiento que no puede pasarse por alto y que, acorde con el acervo probatorio, permite a la Sala concluir sobre la antijuridicidad del daño, acompañado de la indiferencia institucional que llevaron al traste de derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Estos principios y derechos protegidos convencional y constitucionalmente, abiertamente transgredidos, merecen ser reparados, pues el Estado tiene el deber de actuar bajo los postulados de buena fe, diligencia y eficiencia no, como en este caso, bajo la omisión y negligencia en los deberes legales. La inactividad de las entidades demandadas **a pesar que la parte actora insistió reiteradamente en la necesidad de definir la situación de su predio e incluso obtuvo la protección constitucional, ningún efecto surtió.**

La confianza legítima, la propiedad, el derecho de petición, la dignidad humana, el trabajo, fueron derechos que, conforme se deduce de la prueba aportada, fueron trasgredidos por las demandadas y ameritan ser indemnizados mediante una medida pecuniaria dada la **inexcusable omisión** de las autoridades.

Téngase en cuenta, además, que la adquisición de predios que abastecen los acueductos no es asunto de poca monta pues, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el agua potable y el saneamiento básico son servicios sociales determinantes del nivel de vida adecuado para asegurar la salud, el bienestar y la dignidad humana, a cuya satisfacción tienen derecho todas las personas.

Sea dicho que, luego del concepto técnico dado, era inadmisibile que se dilatará indefinidamente la compra o no del predio y se requiriera un nuevo concepto que nunca fue emitido, justificado en que la bocatoma estaba fuera del predio y que los vecinos indicaban que en verano esas fuentes de agua se secaban. En efecto, la ubicación de la bocatoma, en nada interfería con la condición del predio y no eran los vecinos quienes podían oponerse al concepto ya dado por la autoridad ambiental. Era su deber proceder con premura en tanto se encontraba de por medio el derecho al agua y el derecho al goce pacífico de la propiedad.

El daño así considerado, entonces, tiene que ver con la afectación a la dignidad humana (art. 1° constitucional), relacionado en el caso concreto con el respeto a la propiedad privada (art. 58 ídem) y el derecho a presentar peticiones a la administración y obtener pronta resolución (art. 23 ejusdem). Pilares esenciales del Estado social de derecho, los cuales deben ser respetados y promovidos por las autoridades públicas.

Si bien, no se probó una verdadera perturbación de la propiedad, lo que si resulta demostrado es que, por años, las demandadas realizaron actuaciones que dieron lugar a que la demandante adquiriera confianza legítima en que su predio sería comprado dada su condición ecológica, lo cual sí está probado.

Los hechos de este caso, ponen de presente, además, el principio de confianza legítima que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁷ se fundamenta en la **trascendencia de la buena fe**. Indistintamente, este principio propende por **la protección de los particulares** para que **no sean vulneradas las expectativas fundadas a partir de las acciones u omisiones estatales que se prolongan en el tiempo**, ya sea por la disposición expresa o tácita de la administración, de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

A partir del artículo 83 Superior, el Máximo Tribunal Constitucional⁵⁸ definió que la **confianza legítima** consiste en que la administración por medio de su conducta, hace entender al administrado que **su actuación se resolverá durante un tiempo prudencial**, a partir de un comportamiento ajustado en derecho. Tres elementos erigen la confianza legítima: (i) la necesidad de preservar de manera definitiva el interés público; (ii) una desestabilización cierta razonable y evidente en la relación

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2009

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-424 de 2017

entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad.

2.3.5.1. De la tasación de perjuicios a derechos convencional y constitucionalmente protegidos

En la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre los perjuicios ocasionados a bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos, precisó:

“15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

*i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) **buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.***

*ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, **también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.***

(...)

*iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, **en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.***

(...)

*vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, **en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.***

*15.4.3. En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: **(a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que***

en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de medida	Modulación
<i>En caso de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.</i>	<i>Medidas de reparación integral no pecuniarias</i>	<i>De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenará medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano.</i>

(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto)⁵⁹.

Sobre la afectación a estos derechos y su indemnización, en sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011⁶⁰ la Sección Tercera, sostuvo que las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente deben ser reconocidos como una tercera categoría de **daños inmateriales autónomos**.

Posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en relación con daño a bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos, de la siguiente manera:

“15.1. Daños inmateriales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

(...)

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). Actor: Félix Antonio Zapata González y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia - Sentencia de Unificación).

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

ii) *Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.*

iii) *Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*

iv) *La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.*” (Resaltado fuera de texto)

En otros términos, el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados debe tener las siguientes características (i) **Daño inmaterial** que proviene de la vulneración (ii) **Producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico** a bienes o derechos constitucionales y convencionales (ii) **Daño autónomo**, lo que implica que no depende de otras categorías de daños. (iv) **Temporal o definitivo**, los efectos del daño se manifiestan en el tiempo de acuerdo al grado de afectación, lo que **impide a la víctima directa e indirecta de gozar plenamente de sus derechos constitucionales y convencionales.**

Como se observa, en la sentencia antes citada el Consejo de Estado precisó que el reconocimiento de perjuicios por la afectación o vulneración de los mismos, **es procedente de oficio** o a solicitud de parte, en tanto se acredite dentro del proceso su concreción con el fin de brindar una **reparación integral**; así mismo indicó que se debe dar **prioridad a la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias.** Antecedió a este acápite el análisis de la falla del servicio surgida de la incapacidad institucional y de allí la pérdida de la oportunidad.

La omisión institucional, esa incapacidad institucional, que no el valor de los perjuicios materiales demandados, dio lugar a la afectación reseñada por pérdida de oportunidad que, en aplicación del principio de equidad⁶¹ será reparada con una única indemnización en salarios mínimos.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2016, exp. 40202, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera: “(...) la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que *-sin duda- ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, puesto que resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos*”

En la decisión de unificación a que se hizo referencia se estableció la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes como límite para la reparación del referido daño, aplicable a aquellos eventos de mayor gravedad, suma esta que se considera podría reparar el daño causado. En consecuencia, en virtud del principio de equidad, se ordenará el pago de la suma equivalente en pesos a **cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a favor de la demandante y a cargo de las demandadas, **atendiendo al tiempo durante el cual se ha extendido el daño.**

Ahora, comoquiera que la demandante tenía las mismas probabilidades de vender o no el inmueble, es decir, contaba con un 50% de apariencia de venta, este será el que se tenga en cuenta para calcular la pérdida de oportunidad; por consiguiente, a los 100 SMLMV antes indicados, deberá deducirse el 50%, es decir, se reconocerán **50 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, a cargo de las entidades demandadas.

2.3.6. Sobre las medidas restaurativas:

Ahora bien, frente a la importancia de las medidas restaurativas el Consejo de Estado, sostuvo:

“... la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado. (Subraya por fuera del texto)⁶².

que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar. –se destaca– En un mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 27578, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶² Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso que ocupa la atención de la Sala y la vulneraron derechos constitucional y convencionalmente protegidos, como queda explicado, a la luz de los derroteros de los precedentes jurisprudenciales antes mencionados, se ordenará al Municipio de Cubará y Corporinoquía que en ceremonia pública que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, se ofrezcan excusas a la señora **Alix María Santander Flórez** por la inexcusable omisión en la que se incurrió vulnerando así sus derechos, siempre que así lo consienta.

2.4. De la actuación del Municipio de Cubará en el proceso contencioso administrativo:

En el plenario se observa que el Municipio de Cubará intervino para contestar la demanda (f. 209 y ss. c.2) y en los alegatos de conclusión (f. 463 y ss. c.2); no obstante, ninguna colaboración se dio para el recaudo probatorio – documental, testimonial y pericial -.

Por lo anterior, se remitirá copia de los folios 204 a 209, 260 a 263, 268 a 270, 288 a 292, 321 a 325 vto., 334 a 339, 350 a 363 vto., 366 a 367, 372 y vto y, 342 a 433 vto. al Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare – Sala Disciplinaria, para que investiguen la conducta de los abogados **Aurora Pardo García** identificada con cédula de ciudadanía 40.514.828 de Saravena y Tarjeta Profesional 151.475 del C.S. de la J. y **Doener Melgarejo Pérez** identificado con cédula de ciudadanía 13.495.289 de Cúcuta y Tarjeta Profesional 161.405 del C.S. de la J., respectivamente.

2.5. Sobre los honorarios del Perito Juan Yamil Eldin López:

Los honorarios constituyen una equitativa retribución del servicio público encomendado, por ello, al fijarlos, el funcionario deberá individualizar la cantidad dentro de los límites que se trazan, basado en la complejidad del proceso, cuantía de la pretensión, duración del cargo, **calidad de la experticia, requerimientos técnicos** y la naturaleza de los bienes y su valor.

Sería del caso reconocer lo honorarios conforme a los Acuerdos No. 1518 de 2002 y 1852 de 2003, expedidos por el C.S.J., sin embargo, conforme a los artículos 35 y 36 del Acuerdo 1518 de 2002, se tiene que en la audiencia de pruebas que se realizó el 3 de septiembre de 2019 (f. 432 – 433 y CD f. 434 c.2) el auxiliar de la justicia compareció con el fin de rendir verbalmente su experticia y agotar la etapa

de contradicción, empero, su exposición carecía de técnica y claridad; además, no conocía a cabalidad el documento y contestó algunos de los cuestionamientos con evasivas.

Sin embargo, en tanto por la documental que obra a folios 380 y s.s. se infiere que incurrió en gastos de papelería y transporte, se reconocerá la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) a cargo de la solicitante de la prueba.

Los honorarios serán cancelados por el Municipio de Cubará directamente al perito o se consignarán en la cuenta de ahorros No. 4-1503-0090030-1 del Banco Agrario de Colombia; en todo caso, el pago deberá ser acreditado y anexado al expediente.

2.6. Compulsa de copias

Probado como ha quedado que la Corporación Autónoma de la Orinoquía omitieron reiteradamente sus funciones, se compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación para establecer posible responsabilidad disciplinaria de quienes fungieron como Director (es) de Corporación Autónoma de la Orinoquía por los períodos comprendidos entre 2 de agosto de 2010 – fecha de presentación de la petición - y 18 de mayo de 2017 – fecha de presentación de la demanda- en razón a la inexcusable omisión del deber de protección medio ambiental del inmueble La Floresta de propiedad de *Alix María Santander Flórez* y las demás conductas que consideren omisivas en sus funciones.

Igualmente se oficiará la Procuraduría Regional de Boyacá para que de considerarlo inicien las indagaciones preliminares para establecer posible responsabilidad disciplinaria de quienes fungieron como alcaldes del Municipio de Cubará por el período comprendido entre 2 de agosto de 2010 – fecha de presentación de la petición - y 18 de mayo de 2017 – fecha de presentación de la demanda- en razón a la inexcusable omisión del deber de protección medio ambiental del inmueble La Floresta de propiedad de *Alix María Santander Flórez* y las demás conductas que consideren omisivas en sus funciones.

2.7. Costas:

Tal como lo dispone el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 el juez en la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, excepto que se trate de un interés público. Tal condena se sujetará a las normas del ordenamiento procesal civil.

En tanto las pretensiones de la demanda **prosperarán parcialmente**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 5º no se condenará en costas por esta instancia.

2.8. Reconocimiento de personería para actuar y renuncia al poder de la apoderada del Municipio de Cubará:

A folio 366 vuelto, reposa poder otorgado por Fredy Eduardo Martínez Valderrama en calidad de Alcalde del Municipio de Cubará a la abogada Aurora Pardo García para que, en nombre y representación de la entidad territorial, defienda los intereses del ente territorial.

Sin embargo, en auto proferido el 2 de julio de 2019 no se le reconoció personería para actuar, comoquiera que no cumplía con los requisitos legales previstos en el artículo 160 del CPACA; no se anexaron las certificaciones ni actos administrativos correspondientes a la posesión y nombramiento que acreditan la debida representación (f. 372 y vto.)

En el escrito allegado el 17 de septiembre de 2019, por el cual describió el traslado para alegar de conclusión, solicitó le sea reconocida personería para actuar dentro del asunto de la referencia. Para el efecto, allegó copia de (i) Acta de Posesión No. 01 de 28 de diciembre de 2018 del señor Fredy Eduardo Martínez Valderrama como Alcalde Municipal de Cubará y (ii) copia de la cédula del mismo funcionario.

Así las cosas, comoquiera que se allegaron los documentos que soportan el poder que obra a folio 366, se le reconocerá personería para actuar en este proceso.

Finalmente, el 17 de enero de 2020 la misma abogada presentó renuncia al poder que le fue conferido para actuar como apoderada judicial del Municipio de Cubará.

El artículo 76 del Código General del Proceso señala:

“TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del

509

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Alix María Santander Flórez**
Demandado: Municipio de Cubará y otros
Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

La muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda". Subrayado fuera de texto.

Así las cosas, se observa que la apoderada de la entidad accionada allegó como era su deber copia de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido, razón que conlleva a aceptar la renuncia presentada.

2.8. De las autorizaciones otorgadas por la apoderada de la parte demandante:

A folios 435 y 436 del cuaderno 2 reposa autorización suscrita por la abogada Alejandra Molina García, reconocida en el plenario, a favor de Oscar Guerrero López y Laura María Castillo Maldonado "para que dentro del Proceso de la referencia pueda retirar CD's y revisar el expediente".

En consecuencia, se autorizará a Oscar Guerrero López y Laura María Castillo Maldonado para que adelanten las gestiones de dependencia judicial en los términos de los memoriales que reposan a folios 435 y 436 del cuaderno 2.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1) Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Boyacá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

- 2) **Declarar no probadas** las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y “*NO DEMOSTRACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD QUE SE PUEDAN ATRIBUIR A CORPORINOQUÍA*” propuestas por la Corporación Autónoma de la Orinoquía – Corporinoquía, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- 3) **Declarar** administrativa y extracontractualmente responsables al Municipio de Cubará y a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía en los términos establecidos en las consideraciones de la presente sentencia, por el daño antijurídico causado a *Alix María Santander Flórez* con ocasión de la afectación de derechos protegidos convencional y constitucionalmente.
- 4) **Condenar solidariamente al Municipio de Cubará y a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía** al pago de **cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes** por la vulneración de derechos convencional y constitucionalmente protegidos, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. La demandante podrá cobrar la condena a cualquiera de las entidades, sin perjuicio de que, la que pague obtenga el reembolso proporcional de la condena.
- 5) **Ordenar** al Municipio de Cubará y a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía que, en el término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, en ceremonia pública se ofrezcan excusas a la señora *Alix María Santander Flórez*, siempre que así lo consienta. Las entidades demandadas deberán anunciar por lo menos con una semana de anticipación la fecha de realización del evento en un medio de amplia circulación regional, para efectos de que se enteren del mismo los medios de comunicación y los miembros de la comunidad.
- 6) Ordenar al Municipio de Cubará y a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía que, conforme lo establecen los artículos 4º y siguientes de la Ley 678 de 2001, se analicen las circunstancias de este caso y se determine si hay lugar a iniciar acción de repetición, **respectivamente**, contra los Directores de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía y los alcaldes del Municipio de Cubará, que ejercieron como tales cargos, en el período comprendido entre 2 de agosto de 2010 – fecha de presentación de la petición - y 18 de mayo de 2017 – fecha de presentación de la demanda-, en razón a la inexcusable

omisión del deber de protección medio ambiental del inmueble La Floresta de propiedad de Alix María Santander Flórez.

- 7) Negar** las demás pretensiones de la demanda.

- 8) Compulsar** copias a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie las indagaciones tendientes a establecer posible responsabilidad disciplinaria de quienes fungieron como Director (es) de Corporación Autónoma de la Orinoquía por los períodos comprendidos entre 2 de agosto de 2010 – fecha de presentación de la petición - y 18 de mayo de 2017 – fecha de presentación de la demanda- en razón a la inexcusable omisión del deber de protección medio ambiental del inmueble La Floresta de propiedad de Alix María Santander Flórez y las demás conductas que consideren omisivas en sus funciones. Para el efecto, se adjuntará copia de esta sentencia y de los documentos que reposan a folios 11 a 25, 28 a 48, 54 a 66, 204 a 209, 223 a 224, 246, 259 a 263. 268 a 270, 275 a 278, 288 a 292, 321 a 325 vto., 361 a 363 vto. y 432 a 433 vto.

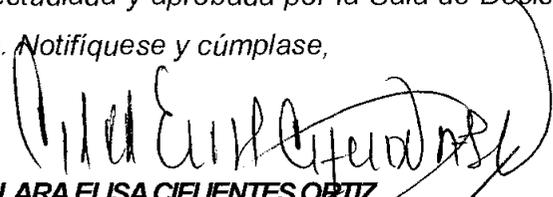
- 9) Compulsar** copias a la Procuraduría Regional de Boyacá para que, de considerarlo, inicie las indagaciones preliminares para establecer posible responsabilidad disciplinaria de quienes fungieron como alcaldes del Municipio de Cubará por el período comprendido entre 2 de agosto de 2010 – fecha de presentación de la petición - y 18 de mayo de 2017 – fecha de presentación de la demanda- en razón a la inexcusable omisión del deber de protección medio ambiental del inmueble La Floresta de propiedad de Alix María Santander Flórez y las demás conductas que consideren omisivas en sus funciones. Para el efecto, se adjuntará copia de esta sentencia y de los documentos que reposan a folios 11 a 25, 28 a 48, 54 a 66, 204 a 209, 223 a 224, 246, 259 a 263. 268 a 270, 275 a 278, 288 a 292, 321 a 325 vto., 361 a 363 vto. y 432 a 433 vto.

- 10) Sin costas** en esta instancia.

- 11) Reconocer personería para actuar como apoderada del Municipio de Cubará** a la abogada Aurora Pardo García, identificada con cédula de ciudadanía 40.514.828 de Saravena y Tarjeta Profesional 151.475 del C.S. de la J, en los términos y para los fines previstos en el poder que reposa a folios 366 del expediente.

- 12) Autorizar a Oscar Guerrero López, identificado con cédula de ciudadanía 7.128.503 de Villa de Leyva y Laura María Castillo Maldonado, identificada con cédula de ciudadanía 1.053.588.216 de Nobsa, para que adelanten las gestiones de dependencia judicial en los términos de los memoriales que reposan a folios 435 y 436 del cuaderno 2.
- 13) Por Secretaría, remítase copia de esta sentencia y de los folios 204 a 209, 260 a 263, 268 a 270, 288 a 292, 321 a 325 vto., 334 a 339, 350 a 363 vto., 366 a 367, 372 y vto y, 342 a 433 vto., así como de esta sentencia al Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare – Sala Disciplinaria, para que, de considerarlo, investiguen la conducta de los abogados **Aurora Pardo García** identificada con cédula de ciudadanía 40.514.828 de Saravena y Tarjeta Profesional 151.475 del C.S. de la J. y **Doener Melgarejo Pérez** identificado con cédula de ciudadanía 13.495.289 de Cúcuta y Tarjeta Profesional 161.405 del C.S. de la J.
- 14) **Aceptar** la renuncia, presentada por la abogada Aurora Pardo García, como apoderada del Municipio de Cubará. La renuncia surtirá efectos cinco (5) días después de notificada esta providencia. Por Secretaría, comuníquese la aceptación de la renuncia al Municipio de Cubará.
- 15) Reconocer gastos por la pericia a Juan Yamil Eldin López en cuantía de doscientos mil pesos (\$200.000) a cargo del Municipio de Cubará los cuales se consignarán en la cuenta de ahorros No. 4-1503-0090030-1 del Banco Agrario de Colombia; en todo caso, el pago deberá ser acreditado y anexado al expediente.
- 16) En firme esta providencia, archívese el expediente previo las anotaciones de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de Decisión No. 3, en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Reparación Directa Demandante: **Alix María Santander Flórez**
Demandado: Municipio de Cubará y otros Expediente: 15001-23-33-000-2017-00398-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ

NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado

No. 31 de 2020 FEB 2020

EL SECRETARIO 