



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-31-703-2009-00084-01
ACCIONANTE: DUNIS EULISES NAVARRO LÓPEZ
ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE,
VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – MINISTERIO
DE TRANSPORTE – CORPOMOJANA – INSTITUTO
NACIONAL DE VÍAS “INVIAS” – DEPARTAMENTO DE
SUCRE – MUNICIPIO DE MAJAGUAL.
NATURALEZA: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 14 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones¹:

El señor **DUNIS EULISES NAVARRO LÓPEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la **NACIÓN – MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – MINISTERIO DE TRANSPORTE – CORPOMOJANA – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVIAS” – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIO DE MAJAGUAL**, con el fin que se les declare responsable, de los perjuicios materiales y morales, causados por la presunta falla en el servicio por los

¹ Folios 2 - 3 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

acontecimientos acaecidos en mayo y extendidos hasta agosto de 2007, cuando la fuerza de las aguas del Río Cauca, debido a las constantes lluvias, rompieron los muros de contención que se encontraban en mal estado, inundando al Municipio de Majagual y afectando de paso su vivienda, cultivos y la actividad ganadera, entre otras ejercidas en la zona.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el actor se condene a las entidades demandadas, a pagar los siguientes conceptos:

- **Perjuicio Material.**

- Daño emergente: La suma de ciento treinta y dos millones ochocientos noventa y seis mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$132.896.440.00).

- Lucro cesante: La suma de ciento setenta y seis millones de pesos (\$176.000.000.00)

- **Perjuicio Moral.**

- La suma de cuarenta y nueve millones seiscientos mil pesos (\$49.600.00)

1.2.- Hechos²:

El demandante, desde su perspectiva, indica la problemática que aqueja a los habitantes y predios ubicados en la región de la “Mojana”, exactamente, en la rivera del Río Cauca, ante las inundaciones que han sufrido, desde hace varios años.

Señala, que por ser la ola invernal un hecho repetitivo cada año, el INVIAS contrató desde el año 2005 un estudio con la Universidad Nacional sede Antioquia, concluyéndose que para la solución definitiva a esas inundaciones se requería de la construcción de un dique de 4 metros de alto entre Bolívar y Antioquia. No obstante e independiente de la intensidad de las aguas lluvias previstas meteorológicamente por el IDEAM en esa zona para el año de 2007, las obras de ingeniería requeridas para contener el embate de las corrientes del Río Cauca, no se construyeron a

² Folios 3 – 9 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

tiempo, pese a estar contenidas en estudios técnicos de ingeniería y estar determinadas como las idóneas para la solución definitiva.

Sostiene, que los comités ganaderos y agricultor de la región, en múltiples solicitudes requirieron a las entidades demandadas la ejecución de las obras de ingenierías adecuadas, para evitar las inundaciones con los consiguientes perjuicios de todo orden. Se les solicitó la inspección y mantenimiento de los muros de contención ubicados en las diversas fincas que están a lado y lado de los ríos Cauca y San Jorge, además se solicitó la construcción de nuevos muros, para así evitar cualquier tipo de inundación, todo esto como un plan de contingencia.

Manifiesta, que los Concejales de la región de la Mojana conformados por los Municipios de Majagual, Guaranda de Sucre, San Jacinto del Cauca y Achí de Bolívar, mediante escrito de noviembre 26 de 2005, elevaron propuesta en el Primer Encuentro Nacional de Concejales por la Paz en la mesa de trabajo en el sector productivo, ante el Presidente de la República, en la cual solicitaron la construcción del dique multipropósito entre Playa Alta de Achí (Bolívar) y Nechi (Antioquia), según estudio de la Universidad Nacional sede Medellín, así como la construcción de espolones, compuertas a la Margen izquierda de la orilla del Río Cauca, con la finalidad de obtener una protección a estos municipios ribereños en temporada de invierno.

Así mismo, los Comités de Arroceros de la Región de la Mojana y Bajo Cauca en escrito de fecha 30 de noviembre de 2005 elevaron propuesta al Presidente de la República, con el fin de evitar la problemática causada por el invierno en esta región del país, señalándole soluciones a corto, mediano y largo plazo. Y en escrito de fecha mayo 31 de 2006, se le solicitó el dragado del Río Cauca, en el tramo comprendido entre Nechí (Antioquia) y Boca de Guamal (Bolívar) y el dragado y canalización de los Caños Mojana, Pancegüita y Rabón.

Afirma, que las súplicas a las entidades demandadas fueron en vano ya que en ningún momento la ayuda llegó, siendo que todas las peticiones se hicieron de manera preventiva ante posibles catástrofes.

La desidia fue tal, dice la parte demandante, que para finales del mes de mayo de 2007, la intensidad de las aguas lluvias del invierno del año 2007 provocaron el desbordamiento del Río Cauca, rompiendo el débil y desquebrajado muro de contención ubicado en la Finca La Tea en el Municipio de Guaranda, originando graves y sucesivas inundaciones que iniciaron a finales de mayo, alcanzando su máximo cubrimiento y extendiéndose el daño hasta el mes de agosto de 2007, trayendo consecuencias funestas para los residentes en la región de la Mojana, en especial para los agricultores y ganaderos de la región, quienes perdieron muchas hectáreas de tierras cultivadas y animales que se ahogaron.

Relata el actor, que en su caso, también resultó damnificado ya que las aguas anegaron cuarenta hectáreas de cultivos de arroz, que dieron al traste con el tiempo y recursos económicos invertidos en su finca La Esmeralda, además de las pérdidas de las ganancias que obtendría con la cosecha (\$176.000.000.00), ya que por hectárea podría recoger de 80 a 100 bultos de arroz, aproximadamente, para ser comprados por las diferentes arroceras por un valor de \$55.000.00 el bulto aproximadamente.

1.3.- Contestación de la demanda:

-. El Ministerio de Transporte³, señala que los hechos de la demanda no le constan y que se abstiene de pronunciarse sobre ellos, en tanto, no tienen nada que ver con sus políticas y no se establece ningún vínculo o nexo causal con el ministerio. En tal sentido, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

-. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial⁴, se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos y

³ Folios 59 – 62 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁴ Folios 64 - 80 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

jurídicos que permitan demostrar su responsabilidad administrativa en los hechos demandados. Frente a los hechos señala, que en su mayoría no le constan y que se atiene a lo que resulte demostrado en el proceso.

Propuso las siguientes excepciones:

-. Falta de causa para impetrar la acción y falta de legitimidad por pasiva: en consideración a que la eventual responsabilidad sería de las entidades territoriales, tanto departamentales, como municipales correspondientes y de la respectiva Corporación Autónoma Regional, dadas sus funciones y competencias; de tal manera, que mal podría enrostrársele alguna responsabilidad sobre los hechos que no eran de su resorte y menos, sin haber tenido injerencia en los mismos.

-. Fuerza mayor: en tanto, que se trata de un hecho natural imprevisible, de manera que el Estado queda inerte ante tal circunstancia.

-. Culpa exclusiva de la víctima: toda vez, que le asiste a los propietarios de los predios aledaños a la rivera del río, la obligación solidaria de cuidar esta zona, evitando la erosión, sembrando árboles nativos y no botando al río desperdicios que ayudan a que las aguas no continúen su ciclo normal, por ello, no pueden escudarse en que es únicamente el Estado, el responsable ante una situación provocada por tales pobladores.

Y aduce, que en consideración a que el actor conoce de cerca el fenómeno natural que se presenta en épocas de invierno, al hacer una inversión en agricultura, asume el riesgo del tiempo, máxime cuando son conocidos los estudios que lo predicen, así como las lluvias en determinadas zonas, lo cual conlleva a asumir las consecuencias que se derivan del mal tiempo.

Señala, que la culpa de la víctima en este caso, ha de entenderse como una conducta imprudente y negligente, que por sí misma ocasionó el daño.

-. Instituto Nacional de Vías “INVIAS”⁵, se opone a las pretensiones de la demanda, por no ser el ente encargado de atender las inundaciones que se presenten en el territorio nacional, específicamente en los Municipios de Guaranda y Majagual en el Departamento de Sucre, generadas por hechos de la naturaleza; así como tampoco tiene la función de atender a las personas afectados en su salubridad, vivienda, infraestructura urbana, etc.

Frente a los hechos, señala que no le constan, por lo que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

En su defensa, expone que no es cierto que no se haya previsto la situación demandada, pues, se han ejecutado desde tiempo atrás un sinnúmero de contratos de construcción, conservación y de urgencia manifiesta, entre otros; así como se han hecho estudios técnicos en dicha región, tendientes a mitigar el impacto ambiental generado por hechos de la naturaleza, pero desafortunadamente por culpa de terceras personas y de ribereños, que han venido explotando y haciendo un uso indebido de las cuencas y arroyos que fluyen del Rio Cauca, además de instalarse a lo largo de sus orillas ribereñas, arrojando gran número de desechos y desperdicios inorgánicos que afectan su cauce, se ha conllevado a un mayor impacto de los desastres anotados por el actor.

En virtud de lo anterior, propuso las excepciones denominadas: falta de relación de causalidad entre la falla del servicio de la administración y el daño causado; fuerza mayor, hecho de un tercero y falta de legitimación en la causa por pasiva.

-. Municipio de Majagual⁶, se opone a las pretensiones de la demanda, en tanto, carecen de sustento fáctico y jurídico. Frente a los hechos señala que algunos son cierto, otros no le constan, o son meras apreciaciones de la parte actora.

⁵ Folios 89 - 116 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁶ Folios 134 - 140 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

Propuso las siguientes excepciones:

-. Hecho de la naturaleza: atendiendo al intenso invierno que azotó a esa región durante el año 2007 y que desencadenó en las inundaciones que hoy son objeto de demanda.

No obstante, indica, que sin pretender desconocer que en años anteriores se habían presentado algunos desbordamientos del Rio Cauca en varias poblaciones, entre las que se encuentra el Municipio de Majagual, también es necesario entrar a analizar si tal hecho podía ser resistible, teniendo en cuenta las inesperadas condiciones climatológicas que se presentaron o si era irresistible debido a las fuerzas de las aguas y a su aumento acelerado, situación que configura la fuerza mayor, toda vez que a pesar de que habían sido ejecutadas obras para contener el embate de las aguas, estas habían sido insuficientes a las fuerzas de las mismas.

-. Inexistencia de falla del servicio: en el entendido de que si bien el municipio tiene el deber de solucionar los problemas que se presenten en su jurisdicción, no estaba dentro de sus posibilidades, tanto técnicas, financieras, de personal, entre otras, para elaborar los estudios y ejecutar las obras que fueran necesarias para atender la problemática de la zona.

Resalta, que es conocido por todos que para la realización de las obras era necesario contar con una millonaria inversión, además de avanzados conocimientos en ingeniería, infraestructura y presupuesto, con lo que no contaba el municipio para ejecutar las obras de tal envergadura para detener el violento paso de las aguas del Rio Cauca; lo que sí hizo, fue solicitar la ayuda de las entidades nacionales en aras de darle viabilidad a las obras que demandaba la región.

Así mismo, anota, que las obras de contención de las aguas del rio, por su gran envergadura fueron asumidas por las entidades del orden nacional, siendo un supuesto de hecho del libelista sobre su realización tardía.

-. Falta de omisión o negligencia de la administración municipal de Majagual: por cuanto, a pesar de estar ubicado el sitio denominado la Tea, en jurisdicción de otro municipio – sitio por donde rompió el Río Cauca-, la administración de Majagual, en cabeza del alcalde de la época, gestionó ante el Gobierno Nacional la ejecución de obras tendientes a solucionar definitivamente el problema de las inundaciones en la región de la Mojana. Este hecho, aunado a las acciones de gestión y coordinación para controlar las inundaciones a lo largo de la margen izquierda del Río Cauca, coloca al municipio lejos de cualquier responsabilidad en los acontecimientos descritos por el demandante.

-. Responsabilidad de la Nación en la ejecución de obras tendientes a prevenir las incursiones de aguas en la región de la Mojana: la responsabilidad sobre la solución al problema de los desbordamientos del Río Cauca en la Región de la Mojana, fue asumida por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, con mucha anterioridad al 3 de marzo de 2007; es decir, que para la época en que se produjeron las inundaciones, entre los meses de junio y julio del año 2007, de acuerdo con las gestiones y contrataciones adelantadas por el citado ministerio, los riesgos de inundaciones por efecto de la creciente del Río Cauca, tenían que estar plenamente controlados, hecho que no ocurrió, luego entonces, la responsabilidad no es del municipio.

-. Hecho de un tercero: este medio exceptivo se soporta en la labor que realizan los concesionarios de las minas auríferas, quienes se dice, son los principales y directos responsables del fenómeno de la sedimentación, y que llevan a que el nivel del Río Cauca aumente y propenda a que las aguas inunden las poblaciones cercanas; actividad de la cual es responsable los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, por estar en cabeza de dichas entidades la labor de vigilancia y control de esta actividad, que bien podría ser la causa eficiente del daño.

-. Departamento de Sucre⁷, contesta la demanda de forma extemporánea, oponiéndose a sus pretensiones, y aduciendo en su defensa, que ha aunado esfuerzos con entidades del orden nacional, para realizar las inversiones que ayuden a mitigar los estragos de la naturaleza.

Aclara, que se está frente a un hecho de fuerza mayor que es imprevisible e irresistible; pero que en todo caso, la responsabilidad debe recaer directamente en el actor, ya que a sabiendas de que esa zona es susceptible de inundaciones por causa de los fenómenos naturales, se somete a cultivar en épocas de invierno.

Propuso las excepciones denominadas: Inexistencia de la reparación, ineptitud de la demanda, culpa exclusiva del actor.

-. Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Mojana y el San Jorge - Corpomojana⁸, contesta extemporáneamente la demanda, oponiéndose a sus pretensiones y proponiendo como excepciones las denominadas: caducidad de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

-. Instituto Colombiano de Geología y Minería - INGEOMINAS⁹ (llamado en garantía), hace referencia a su naturaleza jurídica, objeto y funciones, y a la normatividad minera que le es aplicable.

Frente a la responsabilidad por los hechos demandados, sostiene que para ser endilgada, se debe tener en cuenta la situación de la zona donde ocurrieron los hechos, la cual se caracteriza por ser un lugar altamente lluvioso y la actividad agrícola y ganadera genera alto impacto de carácter ambiental.

1.4.- Sentencia apelada¹⁰. El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de agosto de 2015, niega las súplicas de la demanda, al considerar que si bien

⁷ Folios 145 - 149 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁸ Folios 180 - 183 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁹ Folios 239 - 252 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

¹⁰ Folios 644 - 668 del cuaderno No. 5 de primera instancia.

está probado el daño con la pérdida del cultivo de arroz en la Finca La Esmeralda, ubicada en el Municipio de Majagual, Sucre, debido a la inundación producida por el desbordamiento del Río Cauca en el primer semestre del año 2007, lo cierto es, que la ocurrencia del mismo no es responsabilidad de las entidades demandadas, en tanto, fue causado por un fenómeno natural, respecto del cual no se probó la omisión, por negligencia o descuido de las accionadas, así como tampoco la previsibilidad del desastre natural.

1.5.- El recurso¹¹.

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante**, presenta recurso de apelación, con el fin que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Argumenta, que la determinación de las fechas en que ocurrieron las inundaciones y los pormenores que de ellas se derivaron, no pueden ser indicados con exactitud, ni exigir precisión en ello, pues, si bien es cierto los daños resultan evidentes, el desenvolvimiento de los hechos que se mencionan en este proceso, no pueden ser objeto de un escrupuloso recuento, debido a que transcurrieron hace más de ocho años.

Señala, que resulta desproporcional pretender que hechos transcurridos en cierto tiempo, puedan ser objeto de reparos meticulosos, siendo esto un hecho eminentemente noticioso, notorio, que en últimas no debe ser probado, pues, estuvo bajo observación de la prensa, durante el periodo en que se multiplicaron los damnificados por las lluvias.

En ese orden, sostiene, que no se le puede exigir a un testigo que presencié unos hechos con muchos años de antelación a la declaración, que tenga con exactitud las fechas y acontecimientos, pues, lo que se debe valorar es la veracidad de la declaración y la imparcialidad de la misma.

¹¹ Folios 669 - 681 del cuaderno No. 5 de primera instancia.

Anota, que las peticiones dirigidas a la Presidencia de la República, provenientes de terceros, por medio de las cuales se solicitó la construcción y realización de diferentes obras civiles, a criterio de la Juez, no poseen la calidad técnica necesaria para que por sí solas hicieran previsible el comportamiento del Río Cauca.

Frente a ello, dice el recurrente, que tal actuación no puede ser analizada de manera aislada, dispersando todos los factores que condujeron a ello, ya que quienes promovieron esos requerimientos estaban movidos por razones evidentes, que se califican como hechos notorios y contaban con la suficiente ilustración sobre el tema para afirmar que era necesaria la construcción de un dique, la realización de espolones adicionales, la elaboración de compuertas y el dragado del río, para evitar el daño causado.

Alega, que existieron estudios de orden técnico y dentro del acervo probatorio se cuenta con el estudio de obras de la Región de la Mojana, realizado por la Universidad Nacional sede Medellín, cuya deducción no se aleja de las solicitudes realizadas por la ciudadanía.

Arguye, que se vislumbra la falla en el servicio en razón a la conducta indiferente que adoptó el Estado, pues, en ningún momento prestó el servicio que le correspondía; adicional, la carga de velar por los intereses de los coasociados, no puede trasladársele a los ciudadanos, pues, una de sus finalidades es la protección de sus vidas y bienes.

Así mismo, manifiesta el recurrente, que la cuantificación de los daños está probada con el dictamen pericial rendido dentro del proceso, mediante informe del 24 de septiembre de 2012 y en el cual se logró conceptuar, cualificar y cuantificar los daños presentes y futuros ocasionados por la inundación en la región, ocurridos en el predio La Esmeralda.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de fecha 19 de octubre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante¹².

- En proveído de 29 de septiembre de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo¹³.

- La **Agencia Nacional de Minería**¹⁴, luego de hacer unas precisiones de orden estructural, alega que nada tiene que ver con los fundamentos fácticos que suscitaron la presente controversia judicial.

Señala, que basta una lectura del escrito de la demanda, para advertir que la parte actora nunca señaló, siquiera de forma sumaria, la probabilidad de que el fenómeno natural que ocasionó el rompimiento de los muros de contención, hubiese sido provocado por labores de exploración minera en la zona.

No obstante, aduce, que fue vinculada al proceso bajo la figura del llamamiento en garantía, dadas las consideraciones sin soporte probatorio del INVIAS, en las que manifestó como posible causa del desastre, las actividades mineras de la zona, por cuanto los sedimentos sustraídos de dicha actividad eran arrojados al Río Cauca.

Anota, que en su momento INGEOMINAS, aclaró que las pretensiones de la demanda estaban por fuera de sus funciones y competencias asignadas a la autoridad minera y por tal motivo, no había un nexo causal entre los hechos demandados y esa entidad.

Aduce, que en el área de los Municipios de Guaranda y Majagual, en la que ocurrieron los hechos del 27 de mayo de 2007, solo existía una

¹² Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

¹³ Folio 20 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Folios 23 - 28 del cuaderno de segunda instancia.

autorización temporal y 16 solicitudes de propuestas de contrato de concesión y estas, constituían una simple expectativa, que de reunirse los requisitos legales establecidos en la ley 685 de 2005, podría eventualmente suscribirse contratos de concesión, pero es notorio que para la fecha en que ocurrieron los hechos demandados, estas propuestas no contaban con un título minero debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional, que les permitiera realizar labores de explotación minera.

Por lo anterior, concluye, que no ha contribuido con el desastre ocurrido en mayo de 2007, más aun si se tiene en cuenta que el desbordamiento del río se produjo por las fuertes lluvias de la época y por el mal estado de los muros de contención que como bien lo afirma el actor, fue puesto en conocimiento de las autoridades competentes.

• El **Instituto Nacional de Vías “INVIAS”**¹⁵, alega que no es el ente estatal encargado de atender las inundaciones generadas en el territorio nacional, ni sus consecuencias, ni tampoco le compete atender a los ciudadanos afectados en su salubridad, vivienda, infraestructura etc., pero si existen otras entidades que tienen responsabilidad con los hechos demandados.

También refiere, que en este asunto no existe prueba conducente y útil que demuestre plenamente su responsabilidad, por no concurrir el elemento “nexo de causalidad”, entre el supuesto daño causado y la actividad de la administración.

Igualmente, sostiene, que en el proceso no existe prueba que demuestre el daño emergente y el lucro cesante por la pérdida del cultivo de arroz, teniendo en cuenta que no se tiene un soporte técnico que determine un antes o un después de ocurrido el hecho, es decir, que permita estimar de manera objetiva, cuantas eran las hectáreas sembradas por el accionante para el momento de la inundación.

¹⁵ Folios 42 - 45 del cuaderno de segunda instancia.

- Vencido el anterior término, el proceso pasó al Despacho de la Magistrada Doctora Tulia Isabel Jarava Cárdenas, quien mediante escrito de fecha 9 de febrero de 2018¹⁶, se declaró impedida para seguir conociendo del proceso, por haber interpuesto demanda al encontrarse en la misma situación fáctica descrita por el actor, lo que en su sentir concretaba un interés en la actuación, pues, la sentencia que se profiera se convierte en un precedente del tema debatido.

- Tratándose de un proceso que es de conocimiento del Tribunal, a fin de constituir Sala de Decisión Escritural¹⁷, mediante Acta No. 019 del 14 de agosto de 2018, el asunto fue asignado al suscrito Magistrado Ponente, para continuar con su trámite pertinente.

4.- CONSIDERACIONES:

4.1. Competencia:

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación.

4.2. Cuestión previa.

Observa la Sala, que mediante escrito de 9 de febrero de 2018, la Honorable Magistrada de este Tribunal, Dra. TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS, manifestó su impedimento para avocar el asunto de la referencia, alegando la causal 1ª del artículo 150 del C. de P. C., toda vez que afirma tener interés indirecto en las resultas del presente asunto.

En atención a lo anterior, para la Sala, indiscutiblemente, se acredita el supuesto de impedimento manifestado por la Magistrada Dra. TULIA ISABEL

¹⁶ Folio 59 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁷ Vale anotar que los procesos escriturales en este Tribunal se conocen por una sola Magistrada.

JARAVA CÁRDENAS, por lo tanto, en aras de garantizar la imparcialidad y objetividad del proceso de la referencia, se aceptará su impedimento.

4.3. Problema jurídico.

Para esta Sala, el problema jurídico a determinar es: *¿Hay lugar, a declarar responsable administrativa y patrimonialmente a las entidades demandadas, por el acaecimiento de las inundaciones que se produjeron en el predio La Esmeralda, como consecuencia del desbordamiento del río Cauca?*

Para arribar a la solución de lo planteado, se considerarán los siguientes temas, los cuales a su vez, debe anotarse, corresponden a aquellos que en un caso similar al aquí tratado, tuvo en cuenta el Honorable Consejo de Estado en sentencia datada 5 de julio de 2018¹⁸, así: i) Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado; ii) Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos; iii) Principio de Prevención y Precaución; y iv) Caso concreto.

4.3.1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

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

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

¹⁸ Radicación número: 7000123330002012001401 01 (51.076). Actor: Francisco de Vivero Paniza y otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVIAS. Medio de control: Reparación directa (sentencia). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal o porque es "irrazonable," sin depender "*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración*"¹⁹.

La imputación, no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*²⁰.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo²¹, que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁰ Ahora bien, la Sala advierte que "en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario. De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 25 de febrero de 2016. Exp.42.925.

²¹ "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.

4.3.2. Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos.

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

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

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

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

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

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

(4) Se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente [destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una

contaminación hídrica o atmosférica], o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio [v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario];

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

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

(7) La concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida²².

En ese sentido, el daño ambiental se define como *"las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de la personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [vgr. derecho de propiedad]"*²³. Se comprende, también, que el daño ambiental es *"toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la*

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

²³ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado*, ob., cit., p.619.

*modificación o alteración en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas"*²⁴.

En tanto que el daño ecológico se define, como la "degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no está referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel"²⁵. Dicho daño, para complementar su definición, comprende la "destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran"²⁶.

Así las cosas, es necesario traer a colación la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que por medio de la Sección Tercera en la sentencia de 13 de mayo de 2004²⁷ consideró, que para un caso de derramamiento de petróleo [producido desde la estación de bombeo La Guacamaya del oleoducto Transandino], se podían generar tanto daños ambientales puros,

²⁴ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.620. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

²⁵ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., pp.620 y 621.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107. "[...] si se trata de daños ambientales sobre los que el demandante sólo pudo tener aprehensibilidad, discernimiento y conocimiento de las alteraciones, efectos nocivos o molestias en un momento en el que no es posible, probable, o determinable afirmar la certeza de su ocurrencia, acaecimiento o conocimiento, en virtud de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva y de la prudencia, la consideración de la caducidad no puede solucionarse con la simple examinación de la finalización de la (s) obra (s) pública (s), sino que debe procurar considerarse que los daños afirmados en la demanda al ser sucesivos o continuados, o que pueden desencadenar sus efectos propiamente antijurídicos de manera diferida en el tiempo, exigen admitir la demanda para que del acervo probatorio que se recaude y valore pueda con suficientes y adecuados medios determinar al resolver el fondo del asunto si procede declarar o no la caducidad del medio de control de la reparación directa, justificación que permite concluir al Despacho que se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba que en la audiencia inicial declaró la procedencia de la caducidad del mencionado medio de control y en su lugar se ordenará continuar el trámite del proceso en los términos de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-2331-000-2002-00226-01 (AG).

por afectación a las aguas del río Rosario y de sus afluentes, como daños ambientales consecutivos consistentes en la afectación del patrimonio los administrados de la región, quienes realizaban sus actividades de subsistencia aprovechando los recursos naturales afectados²⁸.

Igualmente, en la sentencia de 16 de mayo de 2007²⁹, se da continuidad a los anteriores fundamentos y siendo el objeto de la acción de grupo la determinación de daños antijurídicos en la esfera individual de cada individuo [que para el caso se desprendían de la actividad del relleno sanitario El Ojito], no se demostraron los mismos, pese a que existía como causa directa la afectación a un derecho colectivo al ambiente sano y a la salubridad³⁰.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-2331-000-2002-00226-01 (AG). *"Se advierte que aunque, en el caso concreto, la contaminación de las aguas y riberas por donde discurre el río Rosario y sus afluentes, los cuales arrastraron el petróleo, produjo el daño al derecho colectivo al medio ambiente sano (daño ambiental puro) y, por lo tanto, su reparación podía ser objeto de una acción popular, el hecho también repercutió sobre el patrimonio de los pobladores de la región que subsistían de los recursos naturales que fueron afectados con la misma (daño ambiental consecutivo)"*.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-2331-000-2003-00680-01 (AG).

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-2331-000-2003-00680-01 (AG). *"[...] No debe perderse de vista que aún tratándose de perjuicios derivados de la violación a un derecho colectivo como lo es el del medio ambiente sano, tales perjuicios no se presuponen, pues uno es el daño al derecho colectivo y otro es aquel que repercute en el derecho subjetivo o individual. Al respecto, en el Libro Blanco de la Responsabilidad Ambiental, De manera que existiendo una clara distinción entre los daños colectivos y los daños individuales que de aquéllos se desprenden, debe tenerse absoluta claridad de que cuando se pretende la indemnización de esos perjuicios individuales o, 'intereses privados', la carga probatoria del grupo demandante no se encuentra limitada a la acreditación de la vulneración del derecho colectivo, en este caso el medio ambiente y la salubridad pública, sino que necesariamente se extiende a la prueba de esos perjuicios propios y particulares. De igual forma, resulta fundamental destacar que la acreditación de los perjuicios individuales cuya indemnización se pretende, debe hacerse de manera particular y concreta, pues tampoco tiene cabida su valoración en abstracto. En efecto, debido a que en la acción de grupo se indemniza el daño sufrido por el grupo demandante, para lo cual se tiene en cuenta el monto del daño sufrido por cada uno de sus integrantes, la sentencia que se profiera para resolver la acción propuesta debe ser concreta en cuanto al monto de la condena, sin que sea posible, ante la falta de prueba del valor de esos perjuicios, proferir una condena en abstracto, porque, como lo ha precisado la doctrina. En conclusión, se tiene que no están probados los daños individuales de quienes integran el grupo demandante y que según la demanda, tienen su causa directa en la afectación de los derechos colectivos al medio ambiente sano y la salubridad pública, requisito fundamental para determinar la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas demandadas. Siendo así, no hay lugar a analizar los demás elementos constitutivos de la misma"*.

Por otra parte, la Sección Tercera en la sentencia de 1º de noviembre de 2012³¹, en el caso del “Relleno Sanitario de Doña Juana”, comprende que el derrumbamiento de tal instalación por la saturación que presentaba para el año 1997, podía producir daños ambientales consistentes en la afectación o *“impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno”*.

El problema que plantea esta argumentación radica, en la forma en la que la Sala asume que los daños ambientales producidos como consecuencia de los diferentes fenómenos de contaminación, son uniformes respecto de todos los habitantes de los barrios circunvecinos, ya que de ser cierto esto, se estará afirmando que uno o más de aquellos fenómenos tiene la misma repercusión física, material o inmaterial en todos los sujetos, lo que no ha quedado demostrado para el caso en concreto, impidiendo la determinación del alcance de los mismos daños.

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

Por otro lado, adecúa la falla del servicio por haber faltado al principio de prevención, *“porque el carácter experimental del sistema bajo el cual se operaba el relleno, requería por este motivo una atención mayor del operador y una supervisión intensa por parte de la autoridad administrativa. Aun cuando el diseño original partió de una hipótesis de presión cero, en el proceso se encuentra demostrado que a medida que PROSANTANA ejecutaba el contrato fue necesaria la incorporación de*

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.

*modificaciones, puesto que se evidenciaron comportamientos anormales, como fisuras, movimientos de los taludes, brotes de lixiviados (que denotaban una sobre carga de los mismos), acumulación de lluvias. Por consiguiente, cuando se presentó el derrumbe, el operador ya llevaba prestando el servicio de disposición final aproximadamente tres años, de allí que no resulta admisible que no se hubieran adelantado acciones dirigidas a determinar la causa de las irregularidades presentadas y tratar de eliminarlas o por lo menos disminuirlas. De igual manera, falló el Distrito toda vez que en su función de supervisión no tomó las decisiones necesarias para disminuir el peligro"*³².

Del mismo modo, la Sub-sección B de la Sección Tercera en dos sentencias de los años 2013 y de 2014, abordó la determinación de la producción de daños ambientales o de daños ecológicos con ocasión de la aspersión con glifosato. La primera es la sentencia del 30 de enero de 2013³³, en donde no queda claro que se haya establecido la producción de un daño antijurídico ambiental o ecológico, pese a lo cual se comprende que se afectó el ejercicio del derecho de propiedad o las actividades agrícolas o productivas que realizaba, así como se afectaron ciertos bienes ambientales, de naturaleza forestal.

Con relación a la imputación, las anteriores sentencias son dispares porque en la primera, se conjuga una especie de adecuación en un daño especial, con una falla en el servicio por no haber determinado que la zona donde se asperjó el herbicida, había cultivos lícitos, en tanto que en la segunda, se apeló al riesgo excepcional, al considerarse la erradicación de cultivos ilícitos como una actividad riesgosa o peligrosa.

En tanto que en la sentencia de 20 de febrero de 2014³⁴, la Sub-sección B considera, que hay dos tipos de daños antijurídicos "*daños a un interés colectivo como ambiente, y daños particulares y concretos que nacen*

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 22060.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

como consecuencia de la lesión ambiental"³⁵, de modo que el "el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos"³⁶.

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

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028. "En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente. Según la Corte Suprema de Justicia en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y "exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros. (...). Así las cosas, los daños irrogados a un interés colectivo afectan a la comunidad, pues el menoscabo se materializa sobre derechos de corte inmaterial cuya titularidad pertenece a toda la colectividad. (...). En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o "daño ecológico puro", también puede generar perjuicios de naturaleza particular, daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental, conocidos por la doctrina como "daño ambiental impuro"; se trata de un perjuicio consecuencial, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados en muchas de las veces están por establecerse o determinarse, sino también perjuicios individuales y concretos sobre un particular. (...) Esta diferenciación entre los daños que se infligen al ambiente – daño ambiental puro- y los que se ocasionan a los particulares –daño ambiental impuro- ha sido recientemente distinguida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: (...). Daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes. (...). Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables".

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

que respecto de los daños ambientales impuros, es procedente la acción de reparación directa. Singularmente se considera, que los primeros daños *“el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente”*³⁷.

Por otra parte, la Sub-sección B en la sentencia de 27 de marzo de 2014³⁸, con ocasión de los daños producidos por la contaminación acústica generada por la actividad aeroportuaria a una persona que habitaba en la vivienda y desarrollaba prácticas comerciales y económicas, consideró, que se produjeron daños ambientales que afectaron negativamente la tranquilidad y, en consecuencia, generó perturbaciones, *“por superar las fronteras de la normal tolerancia”*.

Se da continuidad a la jurisprudencia afirmando, que la *“la afectación ambiental o ecológica, y particularmente esta última, puede generar un daño al interés colectivo a gozar de un medio ambiente sano, y no solo a este sino también a las personas en su concepción integral, esto es vida en condiciones de dignidad, salud, intimidad personal y familiar e integridad patrimonial, evento último en que, de solicitarse su intervención, corresponde al juez de la responsabilidad, previa valoración de las particularidades de la alteración medioambiental, entrar a armonizar los intereses generales, colectivos y subjetivos comprometidos”*³⁹.

De esta manera, la sentencia plantea que se deben examinar los daños ambientales ocasionados por contaminación, consistentes en *“vertir o emitir sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia de policía ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las*

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

adoptadas resultaron insuficientes, pues se terminó afectando el medio ambiente y por contera intereses individuales"⁴⁰.

Ahora bien, la Sub-sección C en la sentencia de 12 de noviembre de 2014⁴¹ considera, que se produjeron daños ambientales derivados de las inundaciones de los predios, pese a que se produjeron daños ecológicos que se representaban en la afectación del humedal "El Lago".

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

4.3.3. El principio de prevención y precaución

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

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687. "Sin embargo, esta labor, como lo ha destacado la jurisprudencia, no es una tarea sencilla, toda vez que el medio ambiente y el entorno de las actividades humanas que lo alteran, comportan, entre otros, la valoración de múltiples variables, para el efecto los derechos e intereses individuales, generales y colectivos que se ponen en juego e inclusive en tensión, las características de las actividades contaminantes, su regulación, su intensidad y margen de tolerancia, entre otras, con necesaria proyección en la afirmación de los elementos del juicio de responsabilidad, la valoración de los medios de prueba y las medidas de reparación".

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 30874.

En este sentido, la doctrina ha definido que "[E]n materia ambiental son necesarias aquellas acciones que se anticipan a prevenir cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a verificar, e intentar a posteriori reparar, los daños ambientales"⁴²; en razón a lo cual surgen los principio de precaución y prevención, no como conceptos análogos, sino como criterios que deben adoptarse, dadas las circunstancias de cada caso concreto, de donde surge su diferenciación.

En este sentido, **el principio de prevención** encuentra origen y fundamento en el Derecho Internacional, tanto en los artículos –principios– 2, 4 y 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972, como en el artículo 130-P-2) del Tratado de Maastricht⁴³, instrumentos que subrayan la importancia del principio de prevención al punto de señalar que, de aplicarse el mismo eficientemente, los restantes principios del Derecho ambiental prácticamente perderían su razón de ser⁴⁴

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

⁴² JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, El derecho ambiental y sus principios rectores, 3ª. edición, Madrid, Dykinson, 1991, p. 352.

⁴³ Tratado de la Unión Europea, del 7 de febrero de 1992, cuya citada disposición establece lo siguiente: "2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a tales exigencias incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control".

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 4 de noviembre de 2015, Exp. 37.603.

precisa de la posibilidad de conocer los hechos y reaccionar frente a ellos con antelación al daño.

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

En este sentido, *"los autores franceses distinguen prevención y precaución de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una acción determinada. Si se conocen estas consecuencias, se deben prevenir. Si, en cambio, no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomar todas las precauciones necesarias. Así Marine Friant-Perrot, en su Curso de derecho agroalimentario, explica la aplicación de estos principios según el tipo de riesgo: si éste ya se ha producido, se aplica el principio de reparación o responsabilidad; si es probado, se aplica el principio de prevención; si es sospechado, se aplica el principio de precaución, y si es desconocido o se trata del llamado de riesgo del desarrollo, el principio que aplica es el de exoneración (...) en la prevención uno sabe que si realiza tal acción el daño es cierto; por eso se debe prevenir. En tanto que en la precaución las medidas son tomadas ante el desconocimiento o duda de lo que puede venir. En esta interpretación, ambos principios encuentran fundamento y son dos manifestaciones de la prudencia"⁴⁵ (subrayas añadidas).*

Al contenido del principio de precaución se hizo sucinta referencia en la Proclama No. 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano –Estocolmo, 1972⁴⁶– y formalmente vino a quedar

⁴⁵ PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al medio ambiente*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 97-98.

⁴⁶ En la referida Proclama No. 6 se expresó lo siguiente:

recogido en el Derecho Internacional con la Convención de las Naciones Unidas sobre cambio climático suscrita en Río de Janeiro en 1992 – incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 164 de 1994–, en su artículo 3-3⁴⁷.

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

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

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

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

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y,

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

⁴⁷ Dicho precepto establece: “3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible...”.

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

En consecuencia, por este aspecto, no prospera el cargo del actor”⁴⁸ (negritas añadidas, subrayas en el texto original).

También ha señalado la Corte Constitucional, que aunque el principio de precaución hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, realmente “se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta”⁴⁹ y que esa constitucionalización, deriva del deber impuesto a las autoridades “de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente”⁵⁰. De manera que la duda favorece el ambiente - *in dubio pro natura*.

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

Así, dentro del conjunto de herramientas normativas dispuestas para garantizar la efectividad de los principios de prevención y precaución se encuentra, por ejemplo, la Ley 1333 de 2009 y las decisiones proferidas por la Corte Constitucional sobre la materia, así como aquellas proferidas por el Consejo de Estado, en su calidad de Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, toda vez que en estos instrumentos se encuentran las

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002; Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibídem.

directrices que deben seguirse ante el alcance, la aplicación e implementación de los principios ambientales.

Sin embargo, además de los mecanismos legales, constitucionales o convencionales o de los instrumentos jurisprudenciales, debe preverse que el principio de prevención y precaución exige del Estado, de las autoridades públicas y de los particulares que colaboran con ellas, la obligación de definir e implementar los mecanismos tendientes a materializar y efectivizar la aplicación de sus postulados, mediante la adopción de medidas que prevean o precavan, la concreción de riesgos o amenazas, pese a la falta de certeza absoluta sobre su existencia. Pero, la efectivización de estos principios, así como exige la definición de mecanismos idóneos de prevención y precaución, también demanda su ejecución eficiente y eficaz.

4.4.- Del caso concreto

Aterrizando al presente caso, se procede a determinar si se reúnen los presupuestos establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado, es decir, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a las entidades demandadas.

En lo que respecta a la configuración del **daño antijurídico**, señala el actor, que para finales del mes de mayo de 2007, la intensidad de las aguas lluvias del invierno del año 2007 provocaron el desbordamiento del Río Cauca, rompiendo el débil muro de contención ubicado en la Finca La Tea en el Municipio de Guaranda, Sucre, originando graves y sucesivas inundaciones que iniciaron a finales de mayo y se extendieron, hasta el mes de agosto de 2007, trayendo consecuencias funestas para los residentes de la región de la Mojana.

En su caso, refiere, que las aguas anegaron cuarenta hectáreas de cultivos de arroz, que dieron al traste con el tiempo y los recursos económicos invertidos en su finca La Esmeralda, ubicada en el municipio de Majagual

(Sucre), además de las pérdidas de las ganancias que obtendría con la cosecha.

Como prueba de lo anterior, se allegaron las siguientes pruebas:

-. Copia de la Escritura Pública No. 87 de fecha 5 de junio de 2002, de la Notaría Única del Municipio de Majagual, Sucre, mediante la cual, el señor Roberto Alcides Martínez Monroy, *“transfiere a título de venta real y verdadera, con enajenación perpetua a favor de Dunis Ulises Navarro López, los derechos de dominio y posesión que tienen constituidos sobre un predio o finca rural, denominada Villa Monica, y que de ahora en adelante se llamará “La Esmeralda”, ubicada en el Corregimiento de Piza, jurisdicción del Municipio de Majagual Sucre, constantes de 40 hectáreas”, cuyos linderos son los descritos en dicho documento*⁵¹.

-. Certificado de tradición – Matricula Inmobiliaria No. 340-39909, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo, de fecha 11 de octubre de 2006, correspondiente al predio denominado “La Esmeralda” y en el que se registra en la anotación No. 7 de fecha 31 de julio de 2002, el acto de compraventa entre los señores Roberto Alcides Martínez Monroy y Dunis Ulises Navarro López⁵².

-. Oficio No. 6020 del 07 de febrero de 2012, suscrito por el Director Territorial Sucre del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el que informa que *“se encuentra una inscripción catastral, sobre un predio denominado La Esmeralda, ubicado en el municipio de Majagual, identificado con la referencia catastral No 00-01-0004-0010-000”*⁵³.

-. Copias de los certificados de fechas 7 de junio de 2007⁵⁴, suscritos por el Secretario de Planeación y de Gobierno y por el Coordinador del Comité Local de Emergencia del Municipio de Majagual, Sucre, en los que hacen constar que *“el domingo 27 de mayo del presente año las aguas del Rio*

⁵¹ Folio 38 – 40 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁵² Folio 41 - 43 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁵³ Folio 367 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

⁵⁴ Folio 144 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

Cauca penetraron a la Región de la Mojana por el sitio conocido como La tea-Los Palencia, perteneciente a la jurisdicción del Municipio de Guaranda, ocasionando graves inundaciones que ameritan que sea declarada la urgencia manifiesta por parte del Gobierno departamental de Sucre y por el Municipio de Majagual (Sucre), a fin de mitigar la catástrofe que están padeciendo más de 25.000 habitantes de este municipio".

-. Testimonio de la señora Anadis Rosario Venegas Cardoza⁵⁵, quien dijo residir en el Barrio San Juan, del Corregimiento de Piza, jurisdicción del Municipio de Majagual, Sucre.

En su relato, expuso que a mediados de mayo de 2007, se presentó una inundación cuando se rompió la "baca del cura, la tea" (Sic), y que a mediados de abril de ese mismo año el señor Dunis había sembrado entre 20 a 40 hectáreas de arroz y cuando se presentó la inundación, el arroz ya estaba a punto de germinar el gajo, pero el agua arrasó con todo, ahogando todo el cultivo.

-. Las anteriores circunstancias, se encuentran reiteradas en el dictamen pericial⁵⁶ que corrobora la inundación de los predios propiedad del demandante y especifica los perjuicios que este hecho causó, sobre los cuales habrá lugar a referirse en el evento en que el daño antijurídico resulte imputable a la entidad demandada, para su respectiva indemnización.

Con las pruebas que han quedado relacionadas, la Sala encuentra probado que para finales de mayo de 2007, resultó inundado el predio de propiedad del demandante, esto es, la finca "La Esmeralda", ubicada en el Corregimiento de Piza, jurisdicción del Municipio de Majagual, Sucre, debido al desbordamiento del Río Cauca, lo que trajo como consecuencia la pérdida de los cultivos de arroz.

⁵⁵ Folio 389 - 391 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

⁵⁶ Folio 548 - 561 del cuaderno No. 5 de primera instancia.

Ahora bien, dada la configuración del daño antijurídico, la Sala procede a verificar el **juicio de imputación**.

Frente a la imputabilidad del daño⁵⁷, se tiene que el actor afirma que las consecuencias nefastas de la inundación presentada a finales de mayo de 2007, se debió a la conducta indiferente que adoptó el Estado, pues, en ningún momento prestó el servicio que le correspondía, pese a los requerimientos de los ciudadanos/gremios, que contaban con la suficiente ilustración sobre el tema para afirmar que era necesaria la construcción de un dique, la realización de espolones, la elaboración de compuertas y el dragado del río, para evitar el daño finalmente causado.

Sostiene, que existieron estudios de orden técnico, como el de obras de la Región de la Mojana, realizado por la Universidad Nacional de Medellín, cuya deducción no se aleja de las solicitudes realizadas por la ciudadanía.

Pues bien, verificado el acervo probatorio hallado en el expediente, se encuentra lo siguiente:

-. Copia de la propuesta de los Concejales de la Región de la Mojana, en el primer encuentro nacional de Concejales por la paz en la mesa de trabajo sobre el sector productivo, de fecha 26 de noviembre de 2005⁵⁸.

En dicho documento se le solicita al Presidente de la República, entre otras obras, la construcción de dos espolones adicionales en la Boca del Cura (Municipio de Majagual), de un espolón en el barrio Brisas de Río en Guaranda y un muro de contención en concreto en el barrio Zarabanda en Achí.

Para tal efecto, se sustenta que: *“Esta obra evitará que el río Cauca continúe con el proceso de erosión que peligrosamente se viene presentando en un tramo aproximado de 2 Kilómetros y serviría de muro de*

⁵⁷ La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública, del daño antijurídico padecido y por el que en principio, estaría en la obligación de responder.

⁵⁸ Folio 18 - 21 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

contención evitando que en el futuro se abra nuevamente la Boca del Cura”.

También, se solicitó la construcción de las compuertas a la margen izquierda de la orilla del Rio Cauca, que permitan evacuar las crecientes en forma controlada a través de la canalización de los caños de Panseguita, Mojana, Ventanillas, El Rabón, San Matías, El Totumo, con represas de amortiguamiento.

Tal solicitud, se sustenta en que: *“Regularía la entrada de las aguas del rio Cauca, disminuyendo la presión de las aguas en épocas de gran inundación. Así las evacuación de las aguas se controlaría y evitaría que el Cauca rompa en forma indiscriminada, por las parres menos esperadas”*.

-. Copia de la misiva enviada al Presidente de la República⁵⁹, por parte de los miembros del Comité de Arroceros de la Mojana y en la que le insisten en adelantar las obras de dragado del Rio Cauca, en el tramo comprendido entre Nechí (Antioquia) y Boca de Guamal (Bolívar), el cual se encuentra muy sedimentado y les afecta directamente con inundaciones frecuentes.

Que otra obra importante es el dragado y canalización de los caños Mojana, Panceguita y Rabón.

-. Declaración de la señora Anadis Rosario Vanegas Cardoza⁶⁰, quien manifiesta:

“... la cuestión de la inundación fue en el 2007, más que todo fue a mediados de mayo cuando se rompió “la baca del cura, la tea” (Sic), ... se escuchaba la cuestión de que el Cauca está creciendo y que el agua ya estaba pasando casi el sobre nivel de la jarillon, ellos en vista de esto mandaron carta a la vicepresidencia, a Corpomojana, a la Alcaldía de ese entonces, para que ellos tomaran cartas en el asunto porque se tenía previsto que se iba a romper eso, siendo así que no hicieron absolutamente nada, lo que se tenía previsto sucedió, el apoyo

⁵⁹ Folio 22 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

⁶⁰ Folio 389 - 391 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

que ellos buscaron no hicieron absolutamente nada, la presión del agua no solamente rompió el jarillon sino además partió todo ese muro de contención, se vino la inundación que ya fue inevitable, se inundaron y fueron afectados la zona de Guaranda, Achí, Majagual, pasando por Piza sobre el río Mojana, Sucre - Sucre y se encontró con el río Magdalena, vinieron muchas pérdidas de cultivo, las personas que tenían su ganado tuvieron que pasarlas a partes más altas, lo que acarrea un gasto, porque tienen que pagar un arriendo y muchos animales murieron".

Declara que le constan tales hechos, porque ella lo vivió, es vecina del señor Dunis Navarro López y sabe todo lo que pasa en el pueblo.

A la pregunta de por qué fue un hecho previsible o pronosticado por los habitantes del sector, que se fuera a causar esas inundaciones a mediados del año 2007, contestó:

"porque era un hecho que se veía venir, y muchos agricultores fueron a ver como estaba la situación allá, y fue tan alarmante que ellos acudieron y no hicieron absolutamente nada".

Y a la pregunta de si el Gobierno Nacional Departamental o Municipal atendió las peticiones de los habitantes, realizando alguna obra de ingeniería con el fin de evitar el desbordamiento del Río Cauca en la zona de la Mojana Sucreña y así evitar las pérdidas de los cultivos del Señor Dunis Navarro y demás agricultores, contestó:

"estas peticiones fueron totalmente digamos no atendidas porque no hicieron absolutamente nada por evitar el desastre y las pérdidas de los cultivos".

Del dicho de la testigo, se advierte que atribuye la inundación del predio del actor, al desbordamiento del Rio Cauca, que causó el rompimiento del punto denominado "La Boca del Cura", "La Tea"; lo cual es coincidente con lo dicho en el hecho vigésimo quinto de la demanda, cuando se señala: *"que para finales de mayo (30 días) de dos mil siete (2007) las fuerzas del Rio Cauca rompió el débil y desquebrajado muro de contención ubicado en la Finca La Tea..."*.

Así mismo, se observa que la testigo, también es coincidente con el actor, al atribuir este hecho a una serie de omisiones en las que incurrieron las entidades demandadas para atender la previsible situación de la inundación.

-. Cd contentivo de los estudios realizados por la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín⁶¹, con los cuales el Instituto Nacional de Vías adelantó la construcción del dique marginal desde la población de Colorado (Antioquia), hasta Achí (Bolívar), K0+000 a K 57+800 región de la Mojana⁶².

Dentro de los archivos allegados, se identifica un documento denominado “Resumen ejecutivo Mojana” – “Control de inundaciones en la región de la Mojana”, en el que se hace un estudio y descripción general de la zona, su localización, descripción y diagnóstico.

Del referido informe, se transcribe lo siguiente:

“3.3.1. ANTECEDENTES.

/.../ En los últimos 40 años el río Cauca ha cambiado su configuración tanto a nivel regional como local. Estos cambios han traído efectos negativos para las poblaciones que se encuentran en sus márgenes debido a que se han visto afectadas por la acción erosiva del agua, que amenaza algunas cabeceras municipales, razón por lo cual se hace necesaria la planificación de obras de control del cauce”.

5. DISEÑO DE OBRAS PARA EL CONTROL DE LAS INUNDACIONES

Las obras de protección de la zona de estudio incluyen

1. El dique tierra de 52160 m entre el corregimiento de Colorado y el sitio Las Brisas en el sur de Bolívar. b) diques de cierre al inicio del tramo de estudio para empalmar con el sistema colinado en la región de Colorado; dique de cierre en Caimital para unir los cerros de Astilleros (sur de Bolívar) con la serranía de Mamarraya (sur de Bolívar) y c) dique de cierre en Guaranda desde la base de la serranía de Mamarraya hasta empalmar con el terraplén

⁶¹ En virtud del Contrato 073-2002, suscrito entre el INVIAS – Mintransporte y la Universidad Nacional de Colombia - Sede Medellín.

⁶² Folio 547 del cuaderno No. 4 de primera instancia.

existente que une al sitio **Boca del Cura con Majagual**. Con estos diques se está protegiendo una longitud de ribera izquierda del río Cauca de 76.2 km.

2. obras de derivación a lo largo del dique en los sitios críticos de desbordamiento (rompederos),
3. control de la erosión y migración de orillas como: Tablestacados,
4. Obras de encauzamiento del flujo en el sector San Jacinto del Cauca – Potrero Nuevo (Espolones, canal Piloto, dique de cierre, etc.)
5. Obras de desviación del flujo en crecientes como el canal de excesos de Nechi.
6. Sistema de bombero en el sector de las Brisas para suministro de agua para diversos usos en la época de sequía.

El diseño de estas obras se realizó en función de la vulnerabilidad y las características particulares de los sitios analizados, así como la conveniencia que representa la entrada de agua por cada uno de los caños desde un punto de vista ambiental y social.

En el informe definitivo se presentan los diseños de las siguientes obras: Tablestacados en Nuevo Mundo, Potrero nuevo y San Jacinto, Dique carreteable para el control parcial de inundaciones entre las poblaciones de Colorado y el cerro Las Brisas, además de un Dique fusible en Santa Anita que funciona como estructura de advertencia ante una posible emergencia.

/.../

6. Conclusiones.

- La región de La Mojana hace parte del delta interior del río Cauca, por lo cual en épocas de aguas altas es necesario permitir el ingreso controlado de parte del flujo a través de los caños que conforman la red de drenaje de la zona, y en los sitios en los cuales esta derivación sirva de alivio para el río en época de aguas altas, cuando el río transporta caudales superiores a la capacidad de su cauce. Alternamente a la habilitación de los caños internos principales, es necesario el control de inundaciones con un dique de especificaciones técnicas adecuadas, dado que el nivel de la planicie de la margen izquierda del río Cauca tiene una pendiente natural positiva hacia el río San Jorge, por lo cual el flujo se recuesta hacia el interior de la región. La elevación de los niveles en el río hace que haya una sobre elevación en las zonas en curva (efecto de la fuerza centrífuga) lo que facilitaría la ruptura del dique, hecho

por el cual se plantean las obras de protección del dique para estos sitios.

- Dado el contexto geográfico en el que se encuentra la región, los pobladores ribereños estarán continuamente sujetos a las inundaciones, por lo cual, cualquier obra que se plantee para la protección de la zona no será definitiva y solo brindará una solución parcial. La construcción del dique garantiza la comunicación continua de los municipios ribereños de la región, pero no garantiza el control total de las inundaciones puesto que el río presenta un proceso de sedimentación acelerado, hecho por el cual se considera necesario realizar un dragado del mismo, en las zonas de mayor sedimentación, que garantice la capacidad del río y que las variaciones de los niveles en el tiempo no sean significativas".

Conforme las pruebas que han quedado relacionadas, se advierte que las autoridades administrativas tenían conocimiento previo de la necesidad de diseñar y ejecutar las obras tendientes a evitar las graves inundaciones y desbordamientos del Río Cauca, en la Región de la Mojana.

Frente a tal conocimiento, se aprecia que el Instituto Nacional de Vías INVIAS, al contestar la demanda, refiere que ha desarrollado y ejecutado de manera permanente un sin número de contratos de obras públicas y ha destinado cuantiosos presupuestos, concretamente a la construcción de diques marginales y la atención de obras de emergencia en el Río Cauca - Región de la Mojana⁶³.

No obstante, en el expediente no se arrimaron pruebas de los referidos contratos e incluso, respecto al sitio donde se rompió el muro de contención que causó inundación en el predio del actor (Finca La Tea), lo único que relaciona la entidad, sin que lo pruebe, es la suscripción del Contrato N° 1451/2007, suscrito con la UNION TEMPORAL TEA cuyo objeto es **la ATENCION DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL RIO CAUCA EN EL SITIO CONOCIDO COMO TEA EN EL MUNICIPIO DE GUARANDA, DEPARTAMENTO DE SUCRE, REGIÓN DE LA MOJANA.**

⁶³ Folios 93 - 98 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

De lo anterior, bien puede afirmarse que el INVIAS para la época de los hechos demandados (mayo de 2007), no realizó los actos propios para **evitar** las situaciones de urgencia presentadas por el Rio Cauca, particularmente en lo que respecta a los desbordamientos e inundaciones producidas en el sector de la Mojana - sector conocido como la Tea, pese a la construcción de las obras recomendados por la Universidad Nacional, para controlar la cuota de inundación de la zona.

En todo caso y aun en el evento de aceptarse la suscripción de los referidos contratos de obras públicas en dicha región del país, con el fin de evitar las inundaciones, lo cierto es, que el problema no fue solucionado, pues, el muro de contención del sitio denominado "La Tea", fue roto por las fuerzas del Rio cauca, causando graves daños y pérdidas a los propietarios de los predios allí ubicados, resultando la obra insuficiente.

Aunado a lo anterior, no se encuentra acreditado dentro del plenario, tal como lo sostienen algunas de las entidades demandadas, que los hechos aquí demandados se hayan presentado como consecuencia de una causa extraña, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, así como tampoco es dable señalar la configuración de un hecho de la naturaleza como excluyente de la responsabilidad, esto es, caso fortuito o fuerza mayor, pues, como es sabido estas figuras requieren para su formación la concurrencia del elemento imprevisibilidad, acompañado de la irresistibilidad.

Y si bien, la causa inicial de la inundación se dio en razón de la ola invernal que afectó a la región para la época de los hechos, lo cierto es, se insiste, que esta era una situación prevista por las autoridades públicas, que además tenían diseñadas las estrategias para prevenir el fatídico desenlace, pero no construyeron a tiempo las respectivas obras para la época de los hechos demandados o por lo menos, así no quedó acreditado.

Así entonces, es dable concluir que la situación de inundabilidad de la región estaba prevista y, además, era resistible mediante la

implementación y construcción de los diques marginales diseñados para el efecto, los cuales no se ejecutaron en tiempo.

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

En ese orden de ideas, al existir un estudio sobre las problemáticas del Río Cauca y los desbordamientos a la altura de la región de La Mojana y al contarse con los diseños de las construcciones de obras que evitarían las inundaciones, esta Sala, acorde con la jurisprudencia ahora vigente, es del concepto que existió falla en el servicio por parte del INVIAS, toda vez que no se ejecutaron en tiempo dichas obras conforme a las especificaciones establecidas en los estudios y diseños de la Universidad Nacional.

Frente a la responsabilidad de las demás entidades demandadas, esta Sala considera, que la misma no se encuentra acreditada en el plenario, sumado a que a algunas de ellas, tampoco les resulta atribuibles los hechos demandados, en atención a sus funciones y competencias; en tal sentido, serán absueltas de toda responsabilidad en el presente asunto.

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

.- Reconocimiento y liquidación de perjuicios

En el caso de autos el demandante solicita el reconocimiento de los siguientes perjuicios:

- **Perjuicio Material.**

- Daño emergente: La suma de ciento treinta y dos millones ochocientos noventa y seis mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$132.896.440.00).

- Lucro cesante: La suma de ciento setenta y seis millones de pesos (\$176.000.000.00)

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

De tal modo, este perjuicio conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, por cuanto el daño emergente puede ser, tanto presente, como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración⁶⁴, sobre lo cual debe anotarse, también, que son indemnizables a título de daño emergente, todos aquellos gastos ocasionados directamente con la ocurrencia del daño antijurídico.

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

Lucro Cesante consolidado:

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

Lucro Cesante futuro:

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

⁶⁴ Consejo de Estado, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13.168.

Donde los factores tienen las siguientes correspondencias:

S = suma calculada Ra = renta actualizada n = número de meses del período

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

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

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

Para la acreditación de los perjuicios materiales se realizó el dictamen pericial elaborado por el perito Johnny E. Márquez Vergara⁶⁵, Ingeniero Agrícola, quien para la determinación del valor de los daños y perjuicios inspeccionó el inmueble, tuvo en cuenta la fecha de los hechos y el tiempo de duración de la afectación y estableció los valores con base en la información obtenida en las pruebas aportadas al proceso y a través de consulta a agricultores y ganaderos de la región, así como a profesionales y entidades del sector agropecuario.

En términos generales, el perito describe el predio con su extensión superficiaria, señalando que su relieve es plano, normalmente dedicado a la actividad agrícola y ganadera y dotado de viviendas y corrales, contruidos en varetas de madera, etc., y perimetral e interiormente se encuentra delimitado con cercas en alambre de púas.

Ahora bien, el perito hace consistir el daño emergente derivado de la inundación en: i) la pérdida del cultivo de arroz, representada en las utilidades que genera el cultivo; ii) costos de reparación y reposición del cercado y divisiones; iii) reparación de daños ocurridos en las estructuras

⁶⁵ Folios 548 – 548 del cuaderno de primera instancia.

de las construcciones u obras civiles existentes; y iv) reparación por los daños ocasionados a frutales y pastos. Información que dijo, fue corroborada con las pruebas aportadas al proceso y a través de consulta a agricultores y ganaderos de la región, así como a profesionales y entidades del sector agropecuario.

Y el lucro cesante se estableció, en la pérdida de la renta o valor de las utilidades del cultivo de arroz, en la segunda cosecha o periodo.

Sin embargo, la Sala encuentra serios vacíos en la información suministrada por el dictamen pericial, así como por los demandantes y testigos, como el hecho de no suministrar el número de hectáreas efectivamente cultivadas, pues, si bien se anuncia un número de cuarenta, tal cifra no se constató en el expediente; en razón a lo cual se reconoce la causación de cada uno de los perjuicios, pero se establecerá la condena en forma genérica, conforme la facultad dispuesta por el artículo 172 del CCA, según el cual:

***“Artículo.** Modificado por el art. 56, Ley 446 de 1998. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.*

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

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

1.- Para el reconocimiento del perjuicio correspondiente a la pérdida del cultivo de arroz, deberá acreditarse el número exacto de las hectáreas de cultivo sembradas y el valor exacto de las utilidades, ya sea con el correspondiente contrato de venta, testimonio del posible comprador del arroz o los correspondientes libros de contabilidad, etc.

2.- Para el reconocimiento de la indemnización por concepto de reparación de las cercas, divisiones, estructuras de las construcciones u obras civiles existentes, así como la reparación de los frutales y pastos, se deberá allegar las cotizaciones correspondientes a éstas y las facturas de las que ya hayan sido efectivamente objeto de reparación o la prueba que así lo indique.

3.- Para el reconocimiento del lucro cesante, por concepto de la renta que dejó de devengarse en las utilidades del cultivo de arroz en la segunda cosecha o periodo, deberá acreditarse que el actor en todo el año hace dos cosechas y que las mismas le generan utilidades; tal aspecto puede acreditarse con testimonio del posible comprador de arroz o los correspondientes libros de contabilidad, que den cuenta que ejerce esa actividad todos los años en los dos periodos semestrales, entre otros elementos probatorios.

- **Perjuicios morales**

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

En cuanto a la reparación del daño moral en caso de lesiones al patrimonio económico de la persona, la Sala ha reconocido este tipo de perjuicio inmaterial, siempre que el mismo se encuentre probado”⁶⁶.

En sentencia del 5 de octubre de 1989, explicó:

*“Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiendo por éstos el **dolor y la tristeza** que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza **debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación** y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume”⁶⁷.*

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

“El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume”⁶⁸⁶⁹.

En el presente asunto, la Sala no encuentra acreditada la configuración del perjuicio moral en cabeza del demandante, pues, no hay prueba que lo demuestra, consecuencia de lo cual, se negará su reconocimiento.

5.- CONDENA EN COSTAS:

El art. 171 del C. C. A., textualmente señala:

“ARTÍCULO 171. Modificado por el art. 55, Ley 446 de 1998 *Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la*

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de Mayo de 2016, radicado No. 52001-23-31-000-2003-01002-01.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cinco de octubre de 1989, expediente: 5.320.

⁶⁸ Sentencias del 5 de octubre de 1989, Exp: 5320, del 7 de abril de 1994, Exp: 9367 y del 11 de noviembre de 1999, Exp: 12.652, entre otras.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.892.

vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".

Lo que aplicado al presente asunto permite predicar, que no habrá tal condena, en tanto, la conducta de las partes, no demuestran, abiertamente, un actuar alejado de un adecuado comportamiento procesal.

En mérito de lo expuesto la Sala Escritural del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la Dra. TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Por conducto de la Secretaría de este Tribunal, ordenar a la Oficina Judicial de Sincelejo, la compensación que se requiere en estos casos.

TERCERO: REVOCAR la sentencia de fecha 14 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. En su lugar dispone:

A) DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS de los daños y perjuicios ocasionados al demandante con la inundación ocurrida a finales de mayo de 2007, en el predio de su propiedad.

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

C) NO CONDENAR en costas a la parte demandada.

D) NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0010/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORALVO NEGRETE

TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS
(Con impedimento aceptado)