

Cartagena de Indias D. T. y C., Doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13001-23-33-006-2014-00214-01
Demandante	MIGUEL GHISAYS GANEM Y OTROS
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA – CONSTRUCTORA LAS OLAS CABRERO S.A.S.
Tema	DEBER DE VIGILANCIA EN CONSTRUCCIÓN DE OBRA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones

PRIMERA.- Que se declare administrativa, solidaria y extra-contractualmente responsables a los demandados por los perjuicios causados a los demandantes, con los daños derivados al edificio TONGALOA.

SEGUNDA.- Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a pagar a los demandados y a favor de los demandantes, por concepto de daño emergente, de la manera que aparecerá especificada en el punto destinado a la “Estimación de la cuantía”, los perjuicios causados al edificio TONGALOA luego de la omisión en el ejercicio de la función de vigilancia y control frente a las infracciones urbanísticas al PLAN



DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE CARTAGENA en la construcción del edificio SORRENTO de propiedad de la sociedad CONSTRUCTORA LAS OLAS CABRERO S.A.S. En todo caso, se deberán tener en cuenta intereses legales y de mora, y la correspondiente indexación, desde la fecha en que se produjo el daño hasta cuando el pago se haga efectivo.

TERCERA.- Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados, a pagar a cada uno de mis clientes el equivalente en pesos colombianos, al momento de ejecutoriarse la sentencia condenatoria, según cotización del Banco de la República, de por lo menos CIEN (100) SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de la aplicación de reglas de equidad, de la ley o de la jurisprudencia, para la época de la sentencia, por los PERJUICIOS MORALES Y DE PLACER sufridos con los daños derivados al edificio TONGALOA.

CUARTA: Que, en virtud de esta demanda, se condene a los demandados a pagar las costas que genere el presente proceso y las agencias en derecho, en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso, entre ellas la tarifa del Colegio de Abogados, o de la propia liquidación que razonablemente estime realizar el Honorable Juez.

QUINTA.- Que, en virtud de esta demanda, se condene a los demandados, a pagar los intereses bancarios vigentes desde la ejecutoria de la sentencia, como lo dispone el artículo 192 del CPACA.

SEXTA.- Qué él valor de las condenas aquí señaladas, se actualice al ejecutoriarse la sentencia, con base en el índice de precios al consumidor (IPC), según certifique el Departamento Nacional de Estadísticas, DAÑE, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (CPACA artículo 187).

SÉPTIMA.- Que a la sentencia de mérito favorable a las pretensiones de la demanda se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192, del CPACA.

1.2 Hechos

Expone como supuestos fácticos los siguientes:

Que en marzo de 2012 se inició por la sociedad CONSTRUCTORA LAS OLAS CABRERO S A.S., la construcción del edificio SORRENTO obra civil que linda con la copropiedad de los demandantes denominada edificio TONGALO A.

En la construcción del edificio SORRENTO una parte de la obra sobresale aproximadamente 3 metros por fuera de la línea de balcones de copropiedad, interrumpiendo la línea de aire, visibilidad y luz a que tienen derecho los demandantes, por estar en una construcción más antigua, la nueva debía seguir por la misma línea, lo que evidencia el incumplimiento a las normas urbanísticas consagradas en el PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (POT), Decreto 0977 de 2001.

La obra Edificio SORRENTO ubicado en el cabrero carrera 2a No. 41-328 y lote de terreno carrera 2a No. 41-340, con matrículas inmobiliarias 060-62614 y 060-62615 de propiedad de la sociedad CONSTRUCTORA LAS OLAS CABRERO S.A.S, todavía se encuentra en construcción.

La CURADURÍA URBANA No. 2 mediante Resolución No. 0009 de 17 de Enero de 2012 concedió licencia de construcción en la modalidad de demolición total y obra nueva sobre los predios ubicados en el barrio el cabrero carrera 2 No. 41-328, Carrera 2 No. 41-340 y el Cabrero lote de terreno con frente a la Tercera Avenida, sin nomenclatura urbana, cuya cabida y linderos están señalados en la Escritura Pública No. 2405 de 29 de julio de 2011. Así mismo expidió la Resolución No. 0178 de 27 de agosto de 2012, por medio de la cual se concedió licencia de construcción en la modalidad de ampliación sobre los predios antes mentados, licencias solicitadas por la sociedad constructora LAS OLAS CABRERO S.A.S., para la construcción del edificio SORRENTO; actos administrativos contra los cuales los demandantes presentaron recurso de reposición, siendo confirmados, encontrándose pendiente de resolver el recurso subsidiario de apelación ante la Secretaria de Planeación Distrital.

Desde el 24 de agosto de 2012 los demandantes han reclamado a la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe norte no. 1, alegando que la obra no cumple con las normas urbanísticas, solicitando su suspensión para evitar los daños antijurídicos que se están causando, sin embargo ha sido omisiva en el cumplimiento de la función pública de vigilancia y control, a tal punto que a la fecha hay una actuación judicial en trámite consistente en un incidente de desacato del fallo de Tutela de segunda instancia del Juzgado Tercero Civil del Circuito con Rad. 117-2013 que le ordenó dar respuesta de fondo a la petición incoada el 29 de agosto de 2012, consistente en la revisión de la legalidad de la construcción (Edificio SORRENTO) frente a las normas urbanísticas consagradas en el POT.

Dentro de la actuación administrativa abierta por la alcaldía local, ordenó la realización de varias inspecciones oculares manifestando la profesional universitario de Control Urbano XENIA GOMEZ BUSTAMANTE, en informe técnico emitido el 5 de agosto de 2013 *“que la licencia fue aprobada de acuerdo con lo contemplado en las normas contenidas en PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE CARTAGENA”* sin responder de fondo a las observaciones frente las infracciones urbanísticas que han venido planteando mis representados y que aquí se reiteraran.

Lo anterior ha implicado daños materiales y la devaluación de los apartamentos en el edificio TONGALOA, sumados a los daños morales y de placer, así como en la integridad por los múltiples accidentes ocurridos por la falta de protección del lado del espacio público, sobre todo hacia la carrera 2a de acuerdo con lo contemplado en el artículo 39 del Decreto 1469 de 2010, daños antijurídicos causados por la omisión y carencia de eficacia en la función de vigilancia y control de la alcaldía local.

2. CONTESTACIÓN

2.1 Distrito de Cartagena

La entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, señalando que no es la entidad

llamada a responder por el hecho dañoso demandado; el punto central de la demanda se encuentra una controversia de naturaleza civil en torno a la indemnización de los perjuicios que se han podido ocasionar por la actividad de construcción del edificio SORRENTO cuyos representantes y propietarios son la CONSTRUCTORA LAS OLAS CABRERO S.A.S., y a la verificación de la afectación estructural que pueda haberse producido.

2.2 Constructora Olas Cabrero S.A.S.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que no se cumplen los presupuestos para declarar responsable a dicha sociedad, toda vez que ajustó su conducta a las normas y procedimientos establecidos en la ley.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 28 de marzo de 2017, profirió sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Que de cara a las pruebas arrojadas al proceso, observó que si bien es cierto los demandantes han sufrido la devaluación del valor de su propiedad, no se demostró la calidad de antijurídico, toda vez que no obra en el expediente prueba con la cual se pueda acreditar que el inmueble construido correspondiente al edificio Sorrento, haya incumplido o excedido los límites establecidos en las licencias concedidas, las cuales son de imperativo cumplimiento, tanto para el constructor como para el Estado.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio, indicando lo siguiente:

Expuso que se debió analizar la falla del servicio por omisión de la Alcaldía Menor, de su función de vigilancia y control de las normas urbanísticas frente a lo construido en el edificio Sorrento, con independencia de si tenía o no licencia, porque lo ejecutado podría haber excedido de lo concedido, como sucedió en el presente asunto; lo que se evidenció en las actas, inspecciones e informes de diferentes autoridades que no fueron valoradas por el A quo.

Igualmente señaló que debió analizarse el nexo causal, así como los elementos de la responsabilidad, iniciando por la omisión de la alcaldía menor, lo cual afectó el principio de congruencia y con ello los derechos de los demandantes ante la no valoración de los hechos, pretensiones, fijación del litigio, entre otros, pese a haberse acreditado durante el proceso los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante providencia de fecha 11 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y a través de auto de fecha 8 de mayo de 2018 (f. 9 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1 De la parte demandante

Reiteró lo expuesto en el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera de instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2 De la parte demandada

6.2.1 Constructora Olas del Cabrero S.A.S.

Reiteró lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda, solicitando se confirme la negativa de las pretensiones de la demanda.

6.2.2 Distrito de Cartagena

Reiteró lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda, solicitando se confirme la negativa de las pretensiones de la demanda.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda, la impugnación y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar: *¿si el Distrito de Cartagena y/o la sociedad Constructora Las Olas del Cabrero S.A.S., deben ser declarados administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios que afirman los demandantes se les causó, en su condición de copropietarios del edificio Tongaloo, con ocasión de la construcción del edificio Sorrento, al presuntamente haberse ejecutado la misma con violación de las normas*



urbanísticas y sin el debido control y vigilancia de la entidad territorial obligada a garantizar el cumplimiento de dichas normas?

En caso afirmativo, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se accederá a las mismas; de lo contrario, se confirmará la providencia recurrida.

3. TESIS

La Sala de Decisión, confirmará la sentencia de primera instancia al no probarse que la construcción del edificio Sorrento, se ejecutó con violación de las normas urbanísticas y sin el debido control y vigilancia de la entidad territorial obligada a garantizar el cumplimiento de las mismas.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, que a la letra dice:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.”

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:



“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”¹

En cuanto al elemento Daño, precisó la jurisprudencia en cita:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”

Y en cuanto a la imputabilidad indicó:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).”²

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”.³

En consonancia con lo expuesto por la jurisprudencia, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de que la imputación abarca el título jurídico en el que encuentra fundamento la responsabilidad Administrativa endilgada, esto es la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la víctima demostrar, para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal, lo siguiente: (i) La existencia de un daño antijurídico, esto es aquel que no se está en el deber de soportar; (ii) Que la ocurrencia de ese daño sea atribuible o imputable a la acción u omisión de una autoridad pública; en este aspecto, el demandante deberá demostrar que materialmente el daño ocurrió por la acción u omisión del Estado, siendo deber del juez analizar, en virtud del principio iura novit curia, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto.

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

5. CASO CONCRETO

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.



5.1 Hechos relevantes probados

- Los propietarios de los apartamentos del Edificio Tongaloo son (02Expedientedigitalizado Fls. 155-176:

- Miguel Ghisays Ganem del apartamento No. 101 con matrícula inmobiliaria 060-101994
- Lamberto Nery Genes y Nidia Ester Ghisays de Nery del apartamento 201 con matrícula inmobiliaria 060-101995
- Mónica Patricia Pineda Ghisays del apartamento 202 con matrícula inmobiliaria 060-101996
- Noris Ghisays de Pineda del apartamento 301 con matrícula inmobiliaria 060-101997
- Miguel Ghisays Ganem del apartamento 302 con matrícula inmobiliaria 060-101998
- Nidia Ester Ghisays de Nery del apartamento 401 con matrícula inmobiliaria 060-101999
- Jairo Ghisays Ganem del apartamento del apartamento 402 con matrícula inmobiliaria 060-102000

- Mediante Resolución No. 0009 de 17 de enero de 2012 la Curaduría Urbana No. 2 concedió la licencia urbanística a la sociedad Constructora Las Olas Cabrero S.A.S., para la construcción del edificio SORRENTO, sobre los predios ubicados en el barrio el Cabrero Carrera 2ª No. 41-340. Dicha licencia fue ampliada mediante la Resolución No. 0178 de 27 de agosto de 2012, para adicionar dos pisos más a los 22 inicialmente aprobados, para un total de 24 pisos.

Contra la resolución de ampliación de licencia, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación por parte de la señora Mónica Pineda, Ghisays, decidiendo mediante Resolución No. 0288 de 14 de diciembre de 2012 no reponer el acto administrativo recurrido y conceder el recurso de apelación. Mediante Resolución No. 0179 de 10 de julio de 2013 se corrigió un error de transcripción en la Resolución 0178 de 27 de agosto de 2012.



Por la Resolución No. 0247 de 23 de septiembre de 2014 la Curaduría Urbana No. 2 concedió licencia urbana en la modalidad de modificación sobre el predio ubicado en el barrio El Cabrero edificio Sorrento carrera 2ª Apto 2301 piso 23. (03Expedientedigitalizado Fls. 154 - 171)

- En ficha de inspección y control de fecha 31 de enero de 2014 del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, realizada en el inmueble de referencia catastral 060101994, dirección Cabrero #42-108 edificio Tongaloo, de propiedad de Noris Ghisays Ganem, se registraron las siguientes observaciones:

"...grietas en los muros de varios aptos de los pisos 1 y 4 del Edificio Tongaloo, se realizó un cerramiento en mampostería en el muro que divide las dos edificaciones sin permiso de los copropietarios del Edf. Tongaloo, impidiendo así, la ventilación e iluminación que anteriormente según vecinos se presentaba.

Se realizaron grietas en el piso de los parqueaderos del Edificio Tongaloo, pudiendo ser causa del desplazamiento que sufrió a causa del semisótano construido en el edificio vecino (Sorrento), En visita el Edf. Sorrento está realizando cambio de las placas agrietadas. Se observa una salida del pavimento de aprox. 25 mts con respecto al pavimento del Edf. Tongaloo, esto se ve desde la calle real del Cabrero. Esta salida ocupa 3 pisos en donde se ubican los parqueaderos.

Se observa un adosamiento en el 2º piso con el Edif. Tongaloo

Por el área de los parqueaderos del Edf. Tongaloo se ve un adosamiento de una columna de aprox. 50cm x 50cm.

En los muros externos de la entrada al Edf. Tongaloo se observaron grietas por todo lo ancho y en las esquinas de los mismos." (02Expedientedigitalizado Fls. 119 - 120)

- El 29 de agosto de 2012 la Profesional Universitario de Control Urbano de la Alcaldía Local Histórica y del Caribe Norte, rindió informe de visita en el inmueble ubicado en el barrio el Cabrero Cra. 2ª No. 41-328, en donde se encontraban realizando la construcción de una edificación multifamiliar de 24 pisos, aprobado mediante Resolución No. 0009 del 17 de enero de 2012, expedida por la Curaduría Urbana No. 2 de Cartagena, visita atendida por el Ingeniero Residente de la obra, en la cual se señaló:

"...se encontró la construcción a nivel de la placa del primer piso. Se tomaron las medidas de los aislamientos de antejardín y laterales, y se encuentran de acuerdo con lo contemplado en los planos que respaldan la Resolución antes mencionada. (...)

Se concluye que lo construido hasta la fecha de la visita, se ajusta con lo aprobado." (03Expedientedigitalizado Fl.9)



- El 11 de junio de 2013 la Profesional Universitario de Control Urbano de la Alcaldía Local Histórica y del Caribe Norte realizó inspección ocular al inmueble ubicado en el barrio el Cabrero Cra. 2ª No. 41-328, informando lo siguiente:

“Al momento de la visita, se encontró la edificación en construcción a nivel de fundida de la placa 23. Se tomaron las medidas de los alistamientos de los antejardines sobre las vías carrera segunda y carrera tercera, y se encuentran de acuerdo con lo contemplado en los planos que respaldan la Resolución antes mencionada: 7.10 metros sobre la vía carrera 2ª y 7.25 metros sobre la carrera 3ª. Igualmente se verificó la medida de los voladizos y del semisótano (sic): 2.70 metros sobre la carrera 2ª y 2.50 metros sobre la 2070 metros sobre la carrera 3ª. El semisótano. Para la altura los niveles del semisótano, se toma como nivel 00 el andén de la carrera 3ª y se encuentra a una altura de -1.40 metros con relación a dicho nivel.

Se verificó lo construido hasta el piso 20, que es hasta donde se encontró levante de muros, y se encuentra de acuerdo con lo aprobado.

(...)

Se verificó las protecciones y se encontró que hacia la edificación vecina, se encuentra instalada sobrecubierta sobre toda la edificación, igualmente mamparas en láminas sobre el patio y el antejardín...

Se concluye que lo construido hasta la fecha de la visita, se ajusta con lo aprobado en los planos que respaldan la Resolución No. 0009 del 17 de enero de 2012 expedida por la Curaduría Urbana No. 2 de Cartagena.

Se recomienda reforzar las protecciones hacia el espacio público, sobre todo hacia la carrera 2ª, por lo cual se cita a descargos al señor JORGE TADEO MURRA en calidad de constructor responsable, para que se comprometa a instalar protecciones hacia el espacio público, de acuerdo con lo contemplado en el Artículo 39 del Decreto 1469 de 2010.” (03Expediente digitalizado Fls. 10 - 11)

- En informe del 15 de octubre de 2014 rendido por el Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte ante la Asesora Jurídica Externa de la Alcaldía Mayor de Cartagena, se indicó:

“El despacho, atendiendo a la querrela interpuesta por el apoderado de la señora Mónica Pineda Chisays, Dr. ANIBAL JOSÉ VERGARA TOUS, comisionó al personal técnico y profesional de Control Urbano, adscrito a la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, quien por medio de la Arquitecta XENIA GÓMEZ BUSTAMANTE, realizó dos inspecciones en diferentes fechas, la primera el 29 de agosto de 2012 y la segunda fue el 11 de junio de 2013, a las obras de construcción denominadas como proyecto habitacional Edificio SORRENTO, desarrolladas por la Sociedad constructora Las Olas Cabrero S.A.S. ubicado en el Barrio el Cabrero Cra. 2ª No. 41-328, con matrícula inmobiliaria No. 060-62614, en la cual se observando (sic) que las obras construidas se realizaron con la Licencia de Construcción, aprobadas mediante Resolución No. 0009 de fecha 17 de enero de 2012, expedida



por la Curaduría Urbana No. 2 de Cartagena, la arquitecta en las visitas, pudo constatar que lo construido se ajustaba con lo aprobado en los planos que respaldan la Resolución antes mencionada."(03Expedientedigitalizado Fl. 37)

En ese mismo sentido de le fio respuesta a petición elevada por Mónica Pineda Ghisays (03Expedientedigitalizado Fls. 10 - 11)

- Obra concepto técnico de 17 de junio de 2014 emitido por PAYE INGENIERÍA S.A.S., en el cual se concluyó de manera genérica que los problemas del inmueble obedecen a los trabajos que se adelantaron para la construcción del edificio Sorrento; y se enlistaron una serie de recomendaciones para mitigar el deterioro del edificio Tongaloo. (02Expedientedigitalizado Fls. 144 – 154)

- En avalúo comercial realizado por el Ingeniero Agrónomo Hernando E. Sarmiento Castellón, de la Lonja Inmobiliaria del Caribe, sobre el edificio Tongaloo, propiedad de los demandantes, se observó lo siguiente (02Expedientedigitalizado Fls. 59 - 106):

- Se aplicó la reglamentación de usos del suelo contemplada en el Decreto 0977 de 20 de noviembre de 2001, por medio del cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Cartagena, el cual establece como medida para área de aislamientos: antejardín de la vivienda multifamiliar 9m, y posterior de 7m; patio interno 3m x 3m; voladizo para multifamiliar de 1.2m antejardín y 0.80m patio posterior; y laterales para multifamiliar de 3.5 m desde 2do piso.
- En la perspectiva de valorización indica que la misma se mantiene positiva y se están presentando una serie de proyectos de construcción multifamiliares alrededor de todo el sector, especialmente hacia la parte oriental, donde existe una vía nueva paralela a la laguna del Cabrero con alto potencial de desarrollo futuro.
- Como afectaciones, describe que el predio que se avalúa presenta una afectación protuberante establecida en su colindancia derecha,



en donde se puede apreciar la construcción de un edificio que obstaculiza la vista de los propietarios desde sus terrazas que miran hacia la carrera segunda, ubicando al final de la calle parte de la muralla de Cartagena.

- Se indicó que la construcción del edificio Sorrento, establecido en el lindero derecho del edificio Tongaloo, se salió del parámetro establecido en una distancia aproximada de 2.30 mts; antes de dicha construcción, todos los balcones tenían vista panorámica, llegando a apreciar parte de la muralla, en el sector de la Tenaza. Además, el resto de la edificación sufrió demerito por la aparición de una tapia que disminuye la corriente de aire puro e iluminación de algunos apartamentos.
- Todo lo anterior, lo consideró como un porcentaje negativo de depreciación de un 15% sobre el valor investigado del metro cuadrado del área privada, el cual equivale a \$4.612.000 para predios semejantes, adoptando entonces un valor del metro cuadrado de \$3.336.250, lo que indica que por metro cuadrado de venta de construcción, el edificio Tongaloo se demerita en \$588.750. Así, el avalúo total demeritado de los 7 apartamentos del edificio Tongaloo, los calculo en la suma de \$3.045.996.250.

- La Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena, a solicitud del A quo, remitió informe técnico en el cual consta la delimitación y alineamiento de los Edificios Tongaloo y Sorrento, precisando lo siguiente (04Expedientedigitalizado Fls. 59 - 121):

- Mediante Decreto 184 de 1978, artículos 369 a 367, fueron aplicadas las normas para la construcción del edificio Tongaloo; de acuerdo con la demarcación, le fue aprobado un retiro en el antejardín de 6.00 mts. (Terraza), un aislamiento lateral de 3.00 mts por ambos lados a partir del 2º piso y un voladizo de 2.50 mts.
- De acuerdo con el Decreto 0977 de 2001, consultado el plano PFG 5/5, clasificación del suelo distrital, el predio ubicado en el barrio El



Cabrero calle real o kra. 2ª para el Edificio Sorrento, aplica la normatividad correspondiente a la actividad del uso del suelo residencial tipo C (RC), que se encuentra contenida en el cuadro No. 1 "Reglamentación de la actividad residencial en suelo urbano y suelo de expansión"; el edificio en mención fue aprobado mediante Resolución No. 0247 de 23 de septiembre de 2014. Tiene dos andenes de 1.80 y 1.70 por la Kra. 2ª y 1 calzada de 7.80 mts por la Kra. 2ª; un voladizo de 2.70 mts y un antejardín de 7mts.

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el presente asunto, la parte demandante interpuso acción de reparación directa con el objeto de se declare administrativa, patrimonial y extra-patrimonialmente responsable al Distrito de Cartagena y /o la sociedad Constructora Las Olas del Cabrero S.A.S., por los perjuicios supuestamente causados, en su condición de copropietarios del edificio Tongaloo, con ocasión de la construcción del edificio Sorrento, al presuntamente haberse ejecutado dicha obra con violación de las normas urbanísticas y sin el debido control y vigilancia de la entidad territorial obligada a garantizar el cumplimiento de dichas normas.

El A quo negó las pretensiones de la demanda en consideración a que, si bien los demandantes han sufrido la devaluación del valor de su propiedad, no se demostró la calidad de antijurídico, toda vez que no obra en el expediente prueba con la cual se pueda acreditar que la construcción del edificio Sorrento, haya incumplido o excedido los límites establecidos en las licencias concedidas, las cuales son de imperativo cumplimiento, tanto para el constructor como para el Estado.

La parte demandante recurre la decisión de primera instancia, reiterando que el A quo debió analizar la falla del servicio por omisión de la Alcaldía Menor, de su función de vigilancia y control de las normas urbanísticas frente a lo construido en el edificio Sorrento, con independencia de si tenía o no licencia, porque lo ejecutado podría haber excedido de lo concedido, como sucedió en el presente asunto; lo que se evidenció en las actas,

inspecciones e informes de diferentes autoridades que no fueron valoradas por el A quo.

Igualmente señaló que debió analizarse el nexo causal, así como los elementos de la responsabilidad, iniciando por la omisión de la alcaldía menor, lo cual afectó el principio de congruencia y con ello los derechos de los demandantes ante la no valoración de los hechos, pretensiones, fijación del litigio, entre otros, pese a haberse acreditado durante el proceso los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado.

En este contexto, procede la a Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos como el que es objeto de estudio, en el cual se discute la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la presunta omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ha considerado que el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio; y ha señalado además, que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, así como el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto⁴.

Así, para que haya lugar a declarar judicialmente responsable a la administración por falla del servicio, es necesario que concurren los siguientes elementos: que se haya causado un daño antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad estatal y que exista un nexo causal entre el primero y el segundo. En este orden, procede la Sala a verificar el cumplimiento de dichos requisitos en el sub judice:

De conformidad con lo citado, el daño que pretenden los demandantes se repare, se concreta en el deterioro físico y la desvalorización económica del edificio Tongaloo del cual son propietarios los actores; el primero

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 27.040,



encaminado a la reparación de grietas en la zona del parqueadero, así como en los apartamentos 101, 301 y 402; daños en la columna del patio posterior, humedad en pared colindante, y cerramiento en mampostería que impide ventilación e iluminación. Y el segundo, calculado en la suma de \$3.045.996.250, como avalúo total demeritado, según informe técnico rendido por el Ingeniero Agrónomo Hernando E. Sarmiento Castellón.

En cuanto al daño, ha establecido el Consejo de Estado que debe ser cierto, es decir, *"no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas"*⁵, por lo que *"la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso"*⁶.

Ahora bien, en el sub examine solo quedó demostrado el daño deprecado, en lo relacionado a la desvalorización sufrida por los propietarios del edificio Tongaloo, en cuantía de \$3.045.996.250, atribuida a la afectación de la vista panorámica del entorno, y a la aparición de una tapia que disminuye la corriente de aire e iluminación de algunos apartamentos; así como la aparición de grietas en los muros de varios apartamentos en los pisos 1 y 4, y en los muros externos de la entrada del edificio.

Realizada la anterior consideración en relación con el elemento del daño, la Sala entrará a resolver los motivos de inconformidad planteados por la parte recurrente, en cuanto a la responsabilidad del Distrito de Cartagena frente al deber de vigilancia de las obras de construcción autorizadas:

En ese sentido, el artículo 63 del Decreto 1469 de 2010⁷ radicó en cabeza de los alcaldes municipales el ejercicio de la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con la finalidad de verificar que las licencias urbanísticas se cumplan:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 250002326000 2001 02469 01 (32.570).

⁶ *Ibidem*.

⁷ Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones.



Artículo 63. Competencia del control urbano. Corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, **ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras**, con el fin de asegurar el cumplimiento de las **licencias urbanísticas** y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses colectivos y de la sociedad en general.

En todo caso, la inspección y seguimiento de los proyectos se realizará mediante inspecciones periódicas durante y después de la ejecución de las obras, de lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por el visitador y el responsable de la obra. **Dichas actas de visita harán las veces de dictamen pericial, en los procesos relacionados por la violación de las licencias** y se anexarán al Certificado de Permiso de Ocupación cuando fuere del caso. (Negrillas de la Sala)

Frente a lo señalado, a través de la Secretaría de Planeación o de los curadores urbanos, los alcaldes municipales o distritales deben ejercer un control sobre las obras que se desarrollan, con el fin de que se cumplan con los planos aprobados, con las normas de seguridad y con el plan de ordenamiento territorial; obligación que no se limita a la etapa de construcción sino que se extiende incluso a situaciones posteriores a la terminación de la obra.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el Distrito de Cartagena a través de sus agentes debía vigilar la obra autorizada a la sociedad Constructora Las Olas Cabrero S.A.S. mediante Resolución No. 0009 de 17 de enero de 2012, suscrita por la Curaduría Urbana No. 2, por la cual se concedió la licencia urbanística para la construcción del edificio SORRENTO, sobre los predios ubicados en el barrio el Cabrero Carrera 2ª No. 41-340.

En vista de lo anterior, **el 29 de agosto de 2012** la Profesional Universitario de Control Urbano de la Alcaldía Local Histórica y del Caribe Norte, rindió informe de visita en el inmueble ubicado en el barrio el Cabrero Cra. 2ª No. 41-328, en donde se encontraban realizando la construcción de la edificación multifamiliar de 24 pisos, visita atendida por el Ingeniero Residente de la obra, en la cual se dejó constancia de la construcción a nivel de la placa del primer piso; que se tomaron las medidas de los aislamientos de antejardín y laterales, y los mismos se encontraban de acuerdo con lo contemplado en los planos que respaldan la Resolución antes mencionada, concluyendo que lo construido hasta esa fecha se ajusta con lo aprobado.

Posteriormente, **el 11 de junio de 2013** la Profesional Universitario de Control Urbano de la Alcaldía Local Histórica y del Caribe Norte realizó inspección ocular al inmueble ubicado en el barrio el Cabrero Cra. 2ª No. 41-328, informando que, encontró la edificación en construcción a nivel de fundida de la placa 23; nuevamente se tomaron las medidas de los alistamientos de los antejardines sobre las vías carrera segunda y carrera tercera, indicando que se encuentran de acuerdo con lo contemplado en los planos que respaldan la licencia urbanística; verificó lo construido hasta el piso 20, hasta donde se encontraba levante de muros, estando de acuerdo con lo aprobado. Igualmente, verificó las protecciones y encontró que hacia la edificación vecina, se encuentra instalada sobrecubierta sobre toda la edificación, igualmente concluyó mamparas en láminas sobre el patio y el antejardín.

El informe anterior concluyó que lo construido hasta la fecha de la visita, se ajustaba con lo aprobado en los planos que respaldan la licencia de construcción y recomendó reforzar las protecciones hacia el espacio público, sobre la carrera 2ª, de acuerdo con lo contemplado en el Artículo 39 del Decreto 1469 de 2010.

A la par, en informe de **15 de octubre de 2014** rendido por el Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte ante la Asesora Jurídica Externa de la Alcaldía Mayor de Cartagena, se indicó que, atendiendo a la querrela



interpuesta por el apoderado de la señora Mónica Pineda Ghisays, Dr. ANIBAL JOSÉ VERGARA TOUS, se comisionó al personal técnico y profesional de Control Urbano, adscrito a la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, quien por medio de la Arquitecta XENIA GÓMEZ BUSTAMANTE, realizó las dos inspecciones relacionadas previamente, a las obras de construcción del Edificio SORRENTO, desarrolladas por la Sociedad constructora Las Olas Cabrero S.A.S., constatando que lo construido se ajustaba con lo aprobado en los planos que respaldan la Resolución antes mencionada.

Finalmente, la Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena, a solicitud del A quo, remitió informe técnico en el cual consta la delimitación y alineamiento de los Edificios Tongaloo y Sorrento, precisándose:

- **Alineamiento edificio Tongaloo:** 2 andenes de 1.80 y 1.70 por la Kra. 2ª, 1 calzada de 7.80 mts por la Kra. 2ª y un antejardín aprobado de 6.00 mts, pero que realmente mide 6.20 mts. Un aislamiento lateral de 3.00 mts por ambos lados a partir del 2º piso y un voladizo de 2.50 mts.
- **Alineamiento edificio Sorrento:** 2 andenes de 1.80 y 1.70 por la Kra. 2ª y 1 calzada de 7.80 mts por la Kra. 2ª; un voladizo de 2.70 mts y un antejardín de 7mts.

Conforme lo expuesto en precedencia, advierte la Sala de Decisión que la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real, que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de producción del daño.

Así las cosas, quedó demostrado en el plenario que existe un deber de vigilancia de las obras aprobadas por parte de la autoridad distrital, la cual debía realizarse de manera periódica, cumpliéndose con dicho deber durante las visitas técnicas realizadas los días 29 de agosto de 2012 y 11 de junio de 2013; dentro de las cuales se concluyó que lo construido se



encuentra conforme con lo aprobado; e igualmente en informe de 5 de agosto de 2013 se indicó que la licencia fue aprobada de acuerdo con lo contemplado en las normas contenidas en el plan de ordenamiento territorial; y atendiendo a lo referenciado en el artículo 63 del Decreto 1469 de 2010, dichos informes de visita hacen las veces de dictamen pericial, frente a lo cual no obra prueba en contrario en el presente proceso.

Por el contrario, las pruebas allegadas por la parte demandante dan cuenta de la existencia de una desvalorización del edificio Tongaloa, y de su estado de deterioro físico, sin que los mismos puedan ser atribuidos al Distrito de Cartagena o a la sociedad Constructora Las Olas del Cabrero S.A.S., teniendo en cuenta que nada concreto se estableció sobre la responsabilidad del Distrito de Cartagena en la consecución de dicho daño, así como tampoco quedó claro que dichos perjuicios fueran causados por el incumplimiento de los deberes legales del ente territorial.

Aunado a lo anterior, no se allegó la Resolución No. 0009 de 17 de enero de 2012, suscrita por la Curaduría Urbana No. 2, por la cual se concedió la licencia urbanística para la construcción del edificio SORRENTO, sobre los predios ubicados en el barrio el Cabrero Carrera 2ª No. 41-340, dentro de la cual se delimitan los términos aprobados, allegándose solo aquellos actos administrativos modificatorios por los cuales se aprobaron ampliaciones en la construcción; no siendo posible hacer el comparativo con las normas del POT de Cartagena, a fin de verificar la información contenida en las actas de visita realizadas por la Profesional Universitario de Control Urbano.

Y finalmente, tampoco se demostró que el titular de la licencia haya incumplido con las obligaciones urbanísticas y arquitectónicas, determinadas en los planos que fueron aprobados cuando se expidió la licencia de construcción, por lo que tampoco nace en cabeza de la sociedad constructora el deber de reparar los perjuicios solicitados por los demandantes.

Con fundamento en lo anterior, al no encontrarse probada la falla en el servicio alegada por la parte actora, y al no ser imputable los daños

probados en el presente asunto a la construcción del edificio Sorrento, obra aprobada por la Curaduría Urbana No. 2 del Distrito de Cartagena, y ejecutada por la Constructora Las Olas del Cabrero S.A.S., la Sala de Decisión confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada⁸.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

⁸ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, **LIQUIDAR** por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA