



Cartagena de Indias D.T y C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-001-2015-00108-01
Demandante	JAVIER ENRIQUE GARAY ÁLVAREZ Y OTROS
Demandado	MUNICIPIO DE TURBACO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Falta de legitimación por pasiva del municipio por ser una vía nacional a cargo de la ANI. - Daño causado por falta de señalización o mantenimiento de las vías Nacionales.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 14 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. - ANTECEDENTES

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones:

1.1.1. Que se declare al municipio de Turbaco, administrativamente responsable de los perjuicios que les fueron causados a los demandantes, por el accidente sufrido por Javier Garay Álvarez, en los hechos ocurridos el día 23 de junio de 2013.

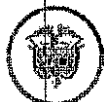
1.1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Turbaco, sea condenado a pagar a los demandantes lo siguiente:

- Perjuicios materiales- Daño Emergente:

Para el señor Javier Garay Álvarez, como víctima directa la suma equivalente a 100 smlmv.

Para la señora Ruby Álvarez de la Barrera, en calidad de madre de la víctima, la suma equivalente a 100 smlmv.

¹ Fols. 1-10 cdno 1



13-001-33-33-001-2015-00108-01

Para el señor Amado Garay Pérez, en calidad de padre de la víctima, la suma equivalente a 100 smlmv.

Para el joven Carlos Garay Zambrano, en calidad de hijo de la víctima, la suma equivalente a 100 smlmv.

Para la señora Silvia Zambrano Zambrano, en calidad de cónyuge de la víctima, la suma equivalente a 100 smlmv.

Para la señora Berledis Garay Álvarez, Amilvia Garay Álvarez y Carmen Garay Álvarez, en calidad de hermanas de la víctima la suma equivalente a 50 smlmv.

- Daño a la salud:

Por los perjuicios causados a raíz de los hechos descritos, los cuales serían las heridas y los golpes recibidos al momento del accidente, los posteriores problemas psiquiátricos derivados del mismo, y la imposibilidad de conciliar el sueño, la suma de 100 s.m.l.m.v.

- Perjuicios de vida en relación:

Como consecuencia de las secuelas que sufrió en el rostro, la pérdida de dentadura, las cicatrices permanentes que le quedaron, los daños psicológicos posteriores que tuvo que soportar, ver el desarrollo anormal de las vidas cotidianas de sus familiares, soportar los dolores diarios, la deformidad en su rostro siendo vista de mala manera por la sociedad, la pérdida de sueño y la baja autoestima de no querer aparecer en público, la suma de 400 s.m.l.m.v para cada uno de los demandantes.

1.1.3. Que se condene al Municipio de Turbaco, al pago de intereses.

1.1.4. Que las sumas reconocidas por perjuicios materiales sean indexadas.

1.1.5. Que se condene al pago de costas y honorarios al municipio.



1.1.6. Hechos

Que de la unión de los señores Amado Garay Pérez y Ruby Álvarez de la Barrera, nacieron cuatro hijos: Carmen, Amilvia, Berleidis y Javier Garay Álvarez. Que el señor Javier Garay contrajo nupcias el 38 de agosto (sic) de 2009, con la señora Silvia Zambrano Zambrano, de esta unión nació Carlos Gary Zambrano el 27 de noviembre de 2008.

Que el día 23 de junio de 2013, siendo las 8:30 am el señor Javier Garay se encontraba manejando bicicleta por la carretera troncal de occidente en compañía de los señor Carlos Zambrano, Pablo Altamar, y tres personas más.

Frente a la estación de TELECOM del municipio de Turbaco, sobre la troncal de occidente, se encuentra una tapa de acero al parecer de una alcantarilla, la cual se encontraba en alto relieve sobre la calzada, además de un hueco sin ninguna señalización, sufriendo el demandante un accidente al colisionar la llanta del vehículo con la tapa de la alcantarilla, como consecuencia de ello cayó desde la bicicleta a gran velocidad sobre el asfalto.

Como consecuencia de la caída, quedó inconsciente, perdió cinco piezas dentales, sufrió herida en la frente de 18 puntos de sutura, herida en el mentón de 5 puntos y laceraciones en extremidades inferiores y superiores. Fue auxiliado con la ayuda de una patrullera al Hospital Local de Turbaco en una motocarro, donde le prestaron los primeros auxilios. Sin embargo, por la gravedad de las heridas fue trasladado a la clínica de Blas de Leso de Cartagena donde ingresó en horas de la mañana en estado de inconciencia y fue dado de alta en horas de la tarde.

Fue tratado por un médico psiquiatra de la EPS de la Policía, el cual consideró excusarlo por 3 meses. Que desde el momento de la ocurrencia de los hechos, no concilia el sueño y es sometido a tratamiento psiquiátrico.

Finalmente manifiesta que, los gastos fueron solventados con su patrimonio, como el reemplazo de las piezas dentales.

Afirma que, el municipio está en la obligación de realizar la reparación de la malla vial que se encuentra en su jurisdicción, al no hacerlo incurrió en omisión del cual fue víctima el demandante.



2. Contestación de la demanda

2.1. Municipio de Turbaco²:

Tuvo como ciertos algunos hechos, respecto a los demás manifestó no constarles. En cuanto a las pretensiones se opuso en su totalidad.

Propuso como excepción: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como razones de la defensa, indica que la vía donde ocurrieron los hechos corresponde a la Transversal del Caribe código 9005, que se encuentra a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI- el cual fue entregada el concesión por Instituto Nacional de Concesiones-INCO- a la firma Autopistas el Sol desde el 22 de agosto de 2007, por lo que el mantenimiento, cuidado, administración y reparación de la malla vial está a cargo de Autopistas el Sol y no del Municipio de Turbaco.

Por lo anterior, solicitó la vinculación de la ANI y la empresa Autopistas el Sol, y la desvinculación del municipio por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. Sentencia de primera instancia³

La A- quo estableció que en cuanto a las pruebas del daño antijurídico se encontraba la historia clínica del actor, en el que se demuestra las heridas que sufrió con ocasión al accidente relatado en los hechos de la demanda. En relación con la imputabilidad del daño al Municipio de Turbaco, encontró probada que el demandante transitaba por la Transversal del Caribe, a la altura del sitio donde funcionaba TELECOM, vía de carácter nacional que atraviesa el perímetro urbano del municipio Turbaco, que de acuerdo a los testimonios recaudados se produjo por la tapa de una alcantarilla destinada para el uso de servicio de telecomunicaciones actualmente de la empresa MOVISTAR.

En cuanto al contenido obligacional del municipio para las intervenciones y reparaciones de la vía donde ocurrieron los hechos, determinó que el Decreto 1735 de 2001 dispuso la red nacional de carreteras a cargo del INVIAS,

² Fols. 60-68 cdno 1

³ Fols. 115-128 cdno 1



señalando en su artículo 4,11 que la Transversal del Caribe es una carretera nacional que se encuentra bajo su jurisdicción, de la cual hace parte la carretera nacional Cruz del Viso- Arjona- Turbaco- Cartagena, y se encuentra a cargo de la ANI, a la cual le fue entregada en concesión el 29 de mayo de 2008. Sin embargo, estableció que la vía se encuentra dentro del perímetro urbano del municipio de Turbaco, que de acuerdo al literal d del artículo 1 del Decreto 80 de 1987, le corresponde a los entes municipales la adecuación de la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano, de conformidad con las necesidades de la vida municipal.

Por lo anterior, concluyó que el mantenimiento y adecuado funcionamiento de la alcantarilla ubicada en la vía en la cual ocurrió el accidente le corresponde al municipio de Turbaco, toda vez que se trataba de elementos necesarios para la prestación del servicio público de telefonía, ubicados en una vía que atraviesa el perímetro urbano del ente territorial. De igual forma, estableció que el lugar de los hechos es un espacio público cuyo goce y mantenimiento debe ser garantizado por los entes territoriales.

Por lo anterior, resolvió que la accionada desconoció sus deberes en la medida en que omitió efectuar el mantenimiento preventivo de las estructuras necesarias para la prestación del servicio de telefonía y de corregir las anomalías que impedían su correcto funcionamiento, garantizando con ello el seguro desplazamiento por la vía en la cual se encontraba ubicada.

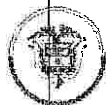
Finalmente, declaró la responsabilidad del municipio demandado, y reconoció perjuicios por daño moral y daño a la salud, en cuanto a los perjuicios materiales fueron denegados por no haber prueba de su causación.

4. Recurso de apelación

4.1. Parte demandada⁴

Las razones de su inconformidad radican, en que existe falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que la vía donde ocurrieron los hechos corresponde a la Transversal del Caribe código 9005 que se encuentra a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, el cual fue entregada en concesión por el Instituto Nacional de Concesiones a la firma Autopistas del Sol

⁴ Fols. 130-131



desde el 22 de agosto de 2007, por lo que el cuidado, mantenimiento, y reparación de la malla vial está a cargo de esta última, y no del municipio. Por lo anterior, solicita la desvinculación y exoneración de las pretensiones.

4.2. Parte demandante⁵

Los argumentos de su recurso, se fundamentan en lo reconocido por el A quo, manifiesta que sufrió más en cuanto a los daños morales de lo que fue reconocido, como fue demostrado con los testimonios que no fueron tachados por la demandada, en donde relataron el diario vivir, el cambio emocional del demandante, el tratamiento con psiquiatría de la Policía Nacional.

En relación a la negativa de reconocer perjuicios materiales, indica que la víctima sufrió la pérdida de piezas dentales que tuvieron que ser solventadas con su patrimonio, tal y como se acredita con el recibo de pago por la rehabilitadora oral, prueba que no fue valorada por el A quo. Por lo que solicita le sean reconocidos en un mayor valor los daños morales y se reconozca los perjuicios materiales.

5. Trámite procesal de segunda instancia

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 06 de octubre de 2017⁶, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018⁷; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 04 de octubre de 2018⁸.

6. Alegatos de conclusión y Concepto del Ministerio Público:

6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

6.2. Parte demandada⁹: Presentó escrita de alegatos el 10 de octubre de 2018, ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda y el recurso de alzada.

⁵ Fols. 132-134

⁶ Fol. 2 Cdo de apelación

⁷ Fol. 4 cdo de apelación

⁸ Fol. 8-9 cdo de apelación

⁹ Fols. 11-13 cdo apelación



6.3. **Ministerio Público:** No rindió concepto en el presente asunto.

III. CONSIDERACIONES

1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

2. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme el artículo 320 y 328 del C.G.P.

3. Problemas jurídicos

¿Se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Turbaco, en razón a que alega que es una vía del orden nacional y, por ende, su mantenimiento, conservación y señalización correspondía al INVIAS y el concesionario Autopistas del Sol S.A.?

4. Tesis de la sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, en su lugar se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del demandado y se negarán las pretensiones de la demanda, debido a que la vía en donde tuvo ocurrencia el accidente objeto de la Litis, es del orden nacional, por lo que su mantenimiento y preservación se encuentra asignada a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en virtud a un contrato de concesión.



5. Marco normativo y jurisprudencial

5.1. Legitimación en la causa – Material y de hecho¹⁰

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad que tiene la parte de proponer o controvertir las pretensiones planteadas en la demanda, al ser un sujeto procesal con interés, por activa o pasiva, en la relación jurídico sustancial que se ventila en el proceso. La legitimación se configura tanto por activa como por pasiva y se predica en dos modalidades, una de hecho y otra material, siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio de la demanda, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes. Así a la parte pasiva de la litis le asiste una legitimación en la causa de hecho, cuando se encuentra en una relación directa con las peticiones planteadas en la demanda.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, quien asume la calidad de demandado, le asiste la legitimación procesal para intervenir en el trámite judicial con el objetivo de ejercer sus derechos de contradicción y defensa, lo que hace parte de la denominada legitimación de hecho, ante la existencia de un vínculo o conexidad entre los sujetos que integran la relación objeto de litigio. Por otro lado, el análisis de la legitimación material es un asunto que deberá abordarse en la etapa final del proceso, es decir en el fallo, toda vez que allí luego de tenerse todos los presupuestos fácticos y jurídicos así como los elementos probatorios indispensables para adoptar una decisión de mérito, se determinará la procedencia de anular el acto administrativo atacado y se estudiará en cabeza de cual sujeto procesal se encuentra la obligación de asumir el eventual restablecimiento del derecho.

Por otro lado, el análisis de la legitimación material es un asunto que deberá abordarse en la etapa final del proceso, es decir en el fallo, toda vez que allí luego de tenerse todos los presupuestos fácticos y jurídicos así como los elementos probatorios indispensables para adoptar una decisión de mérito, se

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00228-01(2546-18)



determinará la procedencia de anular el acto administrativo atacado y se estudiará en cabeza de cual sujeto procesal se encuentra la obligación de asumir el eventual restablecimiento del derecho, así lo concluyó esta sección al señalar:

"[...]Así las cosas, resulta claro que cuando se hace necesario determinar si las personas vinculadas tienen la «obligación de anular una actuación administrativa y restablecer un derecho», la decisión encaminada a establecer la legitimación material o sustancial, debe producirse a través de sentencia y no en desarrollo del auto admisorio de la demanda o de la audiencia inicial puesto que aquella legitimación requiere sentencia de mérito mientras que tratándose de la legitimación de hecho o procesal, esta debe resolverse en desarrollo de la audiencia inicial, en tanto obedece forzosamente a un presupuesto procesal que debe estudiarse y resolverse en el marco de la primera etapa del proceso, lo que precisamente configura la denominación doctrinal que se le ha dado de excepción "mixta"¹¹.

5.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva - No puede decretarse antes de dictarse sentencia cuando no hay certeza sobre su configuración¹².

Si bien el juez puede declarar la falta de legitimación en la causa durante el trámite de la audiencia inicial, pues el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral sexto, así lo dispone, -entendiendo que no es una excepción previa- lo cierto es que ello debe operar única y exclusivamente cuando se tiene certeza sobre la misma, es decir, que su configuración se encuentre plenamente acreditada, pues de lo contrario, se deberá esperar a que el proceso llegue hasta su etapa final y sea al momento de proferir sentencia, cuando, habiéndose agotado todo el trámite procesal, se valore todo el caudal probatorio obrante en el proceso y se defina sobre su ocurrencia. Lo anterior en virtud, por lo demás, de que si, existiendo duda o falta de certeza acerca de la existencia de la legitimación en la causa por activa, se diera por terminado el proceso, se estaría vulnerando la prevalencia del derecho fundamental al Acceso a la Administración de Justicia.(...) No podrá decretarse la falta de legitimación en la causa por pasiva

¹¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, auto de 5 de julio de 2018. Radicación: 05001-23-33-000-2016-01082-01 (0900-18).

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E), Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00613-01 (52509), Actor: CARLOS ARIEL QUITIAN DUARTE



antes de dictarse sentencia, cuando no hay certeza sobre su configuración, en virtud del derecho fundamental mencionado anteriormente y entendiendo que la finalidad de que se pueda decretar previamente se debe a que, habiendo plena seguridad de que ello es así, el proceso no se extienda hasta un fallo que sería desfavorable, creándole falsas expectativas a la parte cuando al juez ya le ha sido posible determinar sin lugar a dubitación alguna que la falta de legitimación se ha configurado.

5.3. Las fotografías: valor probatorio¹³

Sobre el valor probatorio de las fotografías, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, señaló:

"(...) 3.7.1 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, "ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documental".

"3.7.2 Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado.

Pero superado este examen, el Consejo de Estado ha sostenido que las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas. Debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ello, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios:

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013), Radicación número: 08001-23-31-000-1997-1 1812-01 (27353)



"Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero como es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen 1 Parra Quijano, op. cit. p. 543. (Cita interna) del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas(...) También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan"2

En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto.

6. Caso concreto

6.1. Hechos relevantes probados

6.1.1. Denuncia verbal presentada por el señor Javier Garay contra el Municipio de Turbaco el 6 de agosto de 2013, con ocasión a los hechos presentados el 23 de junio de 2013, en el cual resultó lesionado. (Fols. 25).

6.1.2. Historia clínica del demandante emitida por la ESE Hospital de Turbaco (fol. 26-27).

6.1.3. Historia clínica del actor emitida por la Clínica de Blas de Lezo (Fols. 28-30).



6.1.4. Fotografías de la zona donde ocurrieron los hechos materia de litigio y de las heridas sufridas por el demandante (Fols. 31-33).

6.1.5. Recibo de pago emitido por la rehabilitadora oral (Fols. 34).

6.1.6. Oficio DT-BOL 11536 del 15 de marzo de 2016, por el cual el INVIAS informa que la carretera nacional: Cruz del Viso-Arjona- Turbaco forma parte de la Transversal del Caribe y se encuentra a cargo de la ANI (fol. 69), reiterado en el oficio DTB-BOL 45411 del 21 de septiembre de 2016 (fol. 89).

6.1.7. Oficio SRN 50678 del 18 de octubre de 2016, mediante el cual INVIAS informa que autorizó la entrega del corredor Cruz del Viso- Cartagena al INCO (hoy ANI), en consecuencia su mantenimiento y administración del sector de Turbaco que hace parte del corredor citado, le corresponde a la ANI (Fols 98).

6. Certificado emitido por el Secretario de Planeación de Turbaco, en el que comunica que la alcantarilla ubicada en la carretera Nacional Cruz del Viso- Cartagena está determinada para los usos de servicios de comunicación de la empresa Movistar, que es una vía de orden nacional, entregada en concesión en virtud del contrato suscrito entre la ANI y la Autopistas del Sol (fol. 108).

6.1.9. Cd contentivo del contrato de concesión Ruta Caribe (fol. 109)

6.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el presente asunto, el señor Javier Enrique Garay Álvarez solicita se declare responsable administrativamente al Municipio de Turbaco por los perjuicios causados con ocasión del accidente sufrido el día 23 de junio de 2013, cuando manejaba bicicleta por la carretera Troncal de Occidente, frente a la estación de Telecom en el municipio demandado.

En sentencia de primera instancia, la A-quo resolvió que de acuerdo al literal d del artículo 1 del Decreto 80 de 1987, le corresponde a los entes municipales la adecuación de la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano, de conformidad con las necesidades de la vida municipal, muy a pesar de establecer que la carretera en mención fue entregada en concesión a la ANI y que correspondía a una vía de orden nacional.



En cuanto a este argumento, difiere la Sala de lo manifestado por la A-quo, toda vez que el H. Consejo de Estado en múltiples sentencias desde el año 2009¹⁴, ha indicado lo que a la letra reza:

"(...) Los conceptos anteriores ofrecen claridad en cuanto a la obligación de los municipios en relación con las vías del orden nacional que traspasan o se ubican en el perímetro o suelo urbano, toda vez que, cuando el art. 1 en su letra d) del decreto 80 de 1987 les impone la obligación de adecuar o acomodar la estructura de las vías o carreteras nacionales según las necesidades de la "vida municipal", hace referencia a la realización de las obras requeridas para el debido funcionamiento del municipio, esto es, para la correcta prestación de los distintos servicios públicos -entre ellos los domiciliarios-, también para garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona y, así, facilitar la urbanización y edificación. Según lo anterior, consecuentemente, cuando el municipio, en desarrollo de las actividades necesarias para la adecuación de la vía nacional, cause un daño antijurídico, el ente territorial responderá".

Es claro que el art. 1 en su letra d) del Decreto 80 de 1987 otorga a los municipios la obligación de realizar, sobre las vías nacionales, las obras estructurales requeridas para su debido funcionamiento como ente territorial, aspecto que en todo caso requiere la intervención física de la carretera; sin embargo, ese deber no conlleva la realización de obras relacionadas con el mantenimiento o la señalización de la vía, pues estas son actividades atribuidas, legalmente, en este caso a la ANI, entidad que, incluso, en el presente caso, certificó INVIAS que la conservación, mantenimiento y señalización de la vía Troncal de Occidente -vía nacional- era su responsabilidad.

Otro de los argumentos de la A-quo, es que el demandado desconoció sus deberes en la medida en que omitió realizar las obras requeridas para el funcionamiento del municipio, esto es, la prestación de los servicios públicos- entre ellos los domiciliarios- para garantizar la movilidad vehicular y peatonal, refiriéndose a la alcantarilla perteneciente a Movistar que al parecer se encontraba en el lugar donde ocurrieron los hechos, catalogando este como

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO Administrativo, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., julio veintidós (22) de dos mil nueve (2009), Radicación número: 760001-23-31-000-1995-01 182 01 (16.333)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 630012331000201000334 01 (45045)



13-001-33-33-001-2015-00108-01

espacio público, cuyo goce y mantenimiento debe ser garantizado por las entidades territoriales.

Difiere la Sala de la anterior afirmación, teniendo en cuenta que, al ser una vía del orden nacional por estar entregada en concesión al INCO (hoy ANI), le correspondería a esta entidad velar por la protección de la integridad del espacio público, y por su destinación al uso común, tal como lo establece el inciso segundo del artículo primero del Decreto 2976 de 6 de agosto 2010¹⁵, constituyendo así el espacio público para efectos de la Ley 1228 de 2008¹⁶, la Red Vial Nacional, es decir las vías de primer, segundo y tercer orden al igual que las fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión para las carreteras que forman la red vial nacional. Encontrándose la carretera objeto de este litigio, en una de primer orden¹⁷.

En ese orden de ideas, no se le puede imputar responsabilidad al municipio de Turbaco, teniendo en cuenta que el mantenimiento y administración de la vía objeto de litigio, se encuentra a cargo de la ANI en virtud del contrato de concesión No. 008 del 2007 Ruta Caribe.

Por último pone de presente la Sala, que del estudio de las pruebas allegadas le asiste razón a la parte demandada, al configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Turbaco, pues a quien debió demandarse fue a la ANI y Autopistas del Sol S.A., por las siguientes razones:

Encuentra la Sala que en el presente asunto, la responsabilidad que se le endilga a la demandada radica en que el sitio donde ocurrió el accidente objeto de debate, hace parte del perímetro urbano del municipio de Turbaco, tal hecho fue confirmado por la A-quo, quien determinó que, en el lugar de los hechos se encontraba una alcantarilla perteneciente a Movistar, la cual se

¹⁵ Por el cual se reglamenta el parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 1228 de 2008, y se dictan otras disposiciones.

Que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular; constituyendo así el espacio público para efectos de la Ley 1228 de 2008, la Red Vial Nacional, es decir las vías de primer, segundo y tercer orden al igual que las fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión para las carreteras que forman la red vial nacional.

¹⁶ por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Fol. 89 cdno 1



encuadra en elementos o estructuras necesarias para la prestación del servicio público de telefonía, ubicado en una vía que atraviesa el perímetro urbano del municipio de Turbaco.

La anterior aseveración no tiene valor alguno debido a que, no obra en el expediente prueba de que efectivamente la fotografía de la alcantarilla que se allegó con la demanda,¹⁸ corresponda a donde efectivamente se produjo el accidente, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso, posición que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado¹⁹. En ese orden de ideas, no se tiene plena certeza de que la fotografía de la alcantarilla allegada, corresponda a la debatida en el presente asunto, ubicada en el lugar del accidente.

Reposa en el expediente certificado del INVIAS (Instituto Nacional de Vías) remitido al Municipio de Turbaco de fecha 15 de marzo de 2016, mediante el cual informa que la carretera nacional: Cruz del Viso- Arjona- Turbaco- Cartagena, Código 9005 entre lo PR59+0180 A PR99+0500, forma parte de la Transversal del Caribe y se encuentra a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI, de igual forma, aduce que la misma se halla en concesión Ruta Caribe. Esta información es corroborada, por el oficio DT- BOL45411 del 21 de septiembre de 2016 dirigido al juzgado de primera instancia por el INVIAS, en el cual informa textualmente lo siguiente:

"En atención a su oficio de la referencia N 421 fecha de radicación 20 de septiembre de 2016, le informo que la carretera nacional de primer orden que pasa por el municipio de Turbaco- Bolívar, se denomina Transversal del Caribe, y fue entregada a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI (denominado anteriormente INCO) el 29 de mayo de 2008, por ser afectada por el contrato de concesión No. 008 de 2007 Ruta Caribe, sector PR59+0180 al PR99+0500 de la carretera de San Onofre- Cartagena, Ruta 90, Tramo 9005. Por lo anterior, la entidad del estado encargada del mantenimiento y administración de la vía es la ANI".

¹⁸Fol.31

¹⁹ Sobre el valor probatorio de las fotografías, consultar Corte Constitucional, sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. T-269. En el mismo sentido consultar, Sección Primera, sentencia 3 de febrero de 2002, exp. 12497.



No comparte esta Sala los argumentos expuestos por la A-quo, debido a que tal como lo determinó la parte demandada y la certificación emitida por el INVIAS, la vía objeto de la Litis, es de primer orden²⁰, de carácter nacional, denominada Troncal del Caribe conforme lo establece la Resolución No. 1735 de 2001²¹, de igual forma mediante Resolución No. 003242 del 2 de agosto de 2018 se estableció la categoría de las vías correspondientes a la ANI, entre las que se encuentra Cruz del viso -Arjona -Turbaco -Cartagena con las siguientes especificaciones (59+180 — PR101+500): 43,00 km) la cual fue categorizada mediante Resolución 339 de 1999²²: Ruta 90 - código 9005.

En el trámite de la primera instancia, INVIAS certifica mediante oficio SRN 50678 del 18 de octubre de 2016, que por medio de Resolución No. 00587 del 14 de febrero de 2008 y modificación en Resolución No. 01051 del 11 de marzo de 2008 autorizó la entrega del corredor Cruz del Viso- Cartagena al Instituto Nacional de Concesiones INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, quien tiene a su cargo la administración y mantenimiento del sector de Turbaco, sobre la Troncal de Occidente, que hace parte del corredor arriba citado, le corresponde a la ANI²³.

Se encuentra allegado al expediente el contrato de concesión No. 008 de 2007 mediante el cual INVIAS cede a INCO la totalidad de aspectos, bienes, autorizaciones, instancias aprobatorias y funciones relacionados con el Proyecto *"Estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, 'gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial "ruta caribe" licitación INCO No. SEA - L - 008 - 2006"*,

²⁰ Resolución 001530 del 23 de mayo de 2017

2.3. Vías de primer orden. Serán vías de primer orden aquellas que cumplan con la función de integrar las principales zonas de producción y consumo del país, y de este con los demás países, que comuniquen con los puertos y aeropuertos de nivel nacional e internacional y que su construcción y/o mejoramiento se haya realizado por compromiso del Gobierno a través de convenios o pactos internacionales

²¹ DECRETO NUMERO 1735 DE 2001: "Por el cual se fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación Instituto Nacional de Vías y se adopta el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras y se dictan otras disposiciones".

²² Artículo 1: Las rutas de primer grupo o sea carreteras de dirección predominante Sur- Norte, se denominarán TRONCALES y se designarán con números impares, en orden creciente del 01 al 99. Esta numeración se establece a partir de la Costa Pacífica hacia las fronteras con los países de Venezuela y Brasil. Las Troncales inician su recorrido preferencialmente a partir de las fronteras con Ecuador, Perú y Brasil hacia la Costa Atlántica o hacia otras fronteras.

²³ Fol. 98 cdno 1



el cual fue suscrito posteriormente por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) hoy ANI, y Autopistas de Sol S.A.²⁴.

Por último, el Secretario de Planeación del Municipio de Turbaco, en oficio del 23 de enero de 2016 ratificó la información antes consignada, adicionando en ella que la alcantarilla ubicada en la carretera nacional Cruz del Viso- Arjona- Turbaco- Cartagena (Troncal de Occidente); frente a la antigua estación de Telecom hoy movistar, está determinada para los uso de servicios de comunicaciones Movistar²⁵. En ese sentido, le asistirá responsabilidad a la empresa de telefonía y no al municipio.

Así las cosas, no hay duda que la administración y vigilancia de la vía que de Cruz del Viso- Arjona- Turbaco- Cartagena, que abarca el tramo donde se produjeron los hechos objeto de esta demanda, se encuentra a cargo de la ANI, conforme el objeto de la misma²⁶, en ese sentido, al no ser convocada como parte de la Litis por el demandante, lo pertinente es proceder a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbaco, por no encontrarse probada responsabilidad alguna sobre este último.

Por lo antes expuesto, esta Corporación resolverá revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbaco, y se absolverá de cualquier responsabilidad al mismo.

7. Condena en costas

Conforme lo anterior, y dando aplicación a los artículos 188 del CPACA y numeral 4 del 365 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte demandante en ambas instancias por haber sido revocada en su totalidad la

²⁴ Fol. 109 cdno 1

²⁵ Fol. 108 cdno 1

²⁶ Decreto 4165 de 2011, artículo 3°. "...planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación."



13-001-33-33-001-2015-00108-01

sentencia de primera instancia. Serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 del mismo Código.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Turbaco y, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante en ambas instancias, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del numeral 4 del 365 -366 del CGP, por las razones aquí expuestas.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 011 de la fecha

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
(En uso de permiso)