

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Reparación Directa
Radicado	13001-23-33-000-2014-00239-00
Accionante	SOCIEDAD LIMITADA SERVICENTRO EL AMPARO
Accionada	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- TRANSCARIBE S.A.
Tema	Daño Especial causado por cambio vial que se ocasionó debido a la construcción del sistema integrado de transporte masivo en la ciudad de Cartagena
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a emitir pronunciamiento de fondo, en la demanda que formuló el señor Jairo Ghisays Ganem como representante legal de la sociedad limitada denominada SERVICENTRO EL AMPARO contra el Distrito de Cartagena de Indias.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones:

PRIMERA: Que se declare que el Distrito de Cartagena de Indias, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a SERVICENTRO EL AMPARO, como consecuencia de las obras que TRANSCARIBE S.A., desarrolló en la zona aledaña a la "Bomba El Amparo" para la nueva infraestructura vial del Sistema Integrado de Transporte Masivo. Obras que por errores graves en el diseño y en la reducción absurda de la movilidad del tráfico vehicular, ocasionaron de forma considerable el descenso en las ventas y utilidades.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se condene al Distrito de Cartagena de Indias, a pagar por concepto de perjuicios morales y

1 Fl. 2.

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

materiales, la suma equivalente a diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000) o en la cuantía que se determine por perito contable en forma indexada hasta cuando se produzca el pago total.

3.1.2. Hechos

Se expresa que la Estación de Gasolina opera por más de diez años en el sector conocido como “Bomba El Amparo” frente al Barrio San Pedro, al costado derecho de la carretera Troncal de Occidente en dirección al centro de la ciudad.

Señaló que antes de que se produjera la intervención de las obras civiles que desarrolló la demandada, la estación de gasolina contaba con varios accesos vehiculares.

Que en sector aledaño donde funcionaba el establecimiento de comercio, se construyó el proyecto vial para el Sistema Integrado de Transporte Masivo la TRANSCARIBE. Indicó que dicho proyecto se diseñó y ejecutó de manera irregular, absurda y caótica, lo que produjo el cierre de algunas vías de acceso con las que antes contaban los vehículos para acceder a abastecerse de combustible.

Que inicialmente el Gerente de TRANSCARIBE explicó el trazado vial aledaño a la estación de combustible. Que en el mes de junio o julio de 2012, se le hizo entrega de un plano con los cambios viales que le iban a introducir al proyecto, con lo cual se modificaría de manera sustancial el diseño que hasta ese momento existía.

Pese a lo anterior, indicó que el plano que le fue entregado resultó falso, pues las obras continuaron con los defectuosos diseños primarios, con lo cual se pudo determinar con el paso de las semanas y meses que la disminución dramática de las ventas y utilidades del combustible tenían su causa determinante en las absurdas modificaciones viales.

Finalizó señalando que la construcción de ese proyecto vial le produjo pérdidas económicas, debido a la baja de las ventas que se han presentado en el establecimiento de comercio.

3.2. CONTESTACIÓN

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



3.2.1. DISTRITO DE CARTAGENA²

La entidad demandada se opuso las pretensiones de la demanda por considerar que las mismas carecen de fundamento legal y fáctico.

Señaló que no le consta el perjuicio sufrido por el demandante, por cuanto en el expediente ello no está acreditado. Al respecto, sostuvo que no se fijaron los extremos de ocurrencia del daño, es decir, no se dice en ninguna parte de la demanda, desde cuando comenzó la afectación en las ventas. Por ello, concluyó que el daño alegado por la demandante es hipotético y eventual, por lo que no resultaría indemnizable.

También sostuvo que en la demanda no se establece ningún fundamento normativo o probatorio que sustente el deber de reparar, en tanto que, tratándose del sistema objetivo de responsabilidad, se debe especificar cuál es el rompimiento o desequilibrio del principio de igualdad respecto de las cargas públicas.

Indicó que fue a TRANSCARIBE S.A. a quien le correspondió el desarrollo de la obra, razón por la cual celebró contrato con la sociedad Portal Calicanto S.A.S., cuya finalidad consistió en la construcción del corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada del patio portal. También, señaló que en dicho contrato se previó un rubro para indemnizar a terceros que resultaran afectados.

Como excepciones propuso las de i) inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad a cargo del Distrito, ii) falta de fundamento del deber de reparar y iii) falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Cartagena.

3.2.2. TRANSCARIBE S.A.³

La entidad se opuso a cada una de las pretensiones solicitadas por la demandante, por cuanto considera que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Que en la demanda solo se hace una estimación de perjuicios, pero no se prueba cuál es el daño antijurídico que se le ha causado.

² Fl. 70-77.

³ Fl. 109-116.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

Señaló que con la implementación del SITM no se impidió el acceso a la Estación de Gasolina, debido a que en ese sector se garantizaron las siguientes opciones: i) viniendo de la troncal de occidente se construye un carril de servicio exclusivo para el acceso a todos estos predios y terminando en la bomba el Amparo, ii) si el vehículo viene por la Av. Pedro de Heredia, cruza el semáforo y puede llegar a la bomba, iii) si viene de El Bosque, se adecuó un cruce pavimentado que permite el acceso a la bomba, iv) si el vehículo procede de la Cordialidad a la altura del semáforo puede hacer un giro a la izquierda para tomar la troncal de occidente e ingresar a la bomba.

Como excepción propuso la ausencia de daño especial. Al respecto estimó que dicha teoría no se aplica en el caso bajo estudio, por cuanto no es suficiente decir que se sufrió un daño por la implementación de obras públicas, sino que además es necesario demostrar que la carga pública que se asumió en su caso superó la capacidad normal de sacrificio que como ciudadano le corresponde.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.3.1. Admisión y notificación

La demanda inicialmente se inadmitió mediante auto del 13 de agosto de 2014 (fl. 53-54). Posteriormente, en virtud de la corrección por parte del demandante, se admitió la demanda mediante providencia de fecha 5 de noviembre de 2014 (fl. 59-61).

Mediante auto de fecha 22 de julio de 2015, se dispuso la vinculación de TRANSCARIBE S.A. (fl. 101-102). La audiencia inicial se celebró el 19 de mayo de 2016 (fl. 140-147). La audiencia de prueba se desarrolló el 6 de septiembre de 2016 (fl. 301-307), continuando al 20 y 23 de ese mismo mes y año (fl. 345-348 y 354-355). Finalmente, por medio de auto de fecha 30 de septiembre de 2016, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 476).

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1 Parte demandante.

La sociedad demandante luego de hacer un recuento de los fundamentos fácticos expuestos en la demanda y de hacer una valoración integral de las

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

pruebas, solicitó que se concedieran la totalidad de las pretensiones de la demanda. Enfatizó en los dictámenes periciales, indicando que son ponderados, objetivos y fundamentados, que demuestran la forma inadecuada como se construyó la vía y la disminución de las ventas y utilidades (fl. 525-535).

3.4.2. Partes demandadas

Transcribe S.A., indicó que los perjuicios que manifiesta haber sufrido la demandante, están sustentados en unas variables que no corresponden a un daño efectivamente ocasionado. Además que no determinó cuál es el daño especial que se le causó. Que de existir pérdidas en el establecimiento de comercio, se deberán a hechos distintos a la construcción del SITM, lo cual rompe con el nexo de causalidad necesario para imputarle responsabilidad (fl. 484-495).

El **Distrito de Cartagena** solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, ratificándose en cada uno de los fundamentos que expuso en la contestación de la demanda. En cuanto al dictamen que rindió el perito ingeniero, sostuvo que carecía de soporte técnico. En lo atinente al dictamen que rindió el perito contador indicó que el informe no se soportó en los registros contables, lo que impidió constatar las cifras y valores consignadas en el mismo (fl. 496-515).

3.5. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Judicial solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Con relación al daño, indicó que no se acreditó la existencia de las pérdidas manifestadas por la parte accionante. Considera que la relación de cuentas suscritas por el contador del establecimiento y el dictamen rendido por el perito no son prueba de la existencia del perjuicio. Indicó que la parte accionante no aportó los libros de comercio y/o contabilidad que debe llevar todo comerciante, o la declaración de renta respectiva, que diera cuenta de la existencia de las pérdidas. Consideró que la información contenida en tales documentos lo que refleja es una expectativa, pero de ningún modo la existencia de un daño.

En conclusión sostuvo que no estaba probado la disminución en las ventas y que además la parte accionante obvió la existencia de otros factores que han podido variar la oferta y la demanda, como es el caso de la existencia de otras estaciones de servicios en sectores aledaños (fl. 516-522).

IV. CONSIDERACIONES

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



1. ASUNTOS PREVIOS

1.1. Control de legalidad

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia.

2. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 152 del CPACA, en el que se dispone que, los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las reparaciones directas cuya cuantía supere los 500 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes- SMLMV.

2. ASUNTO DE FONDO

1. Problema jurídico

En el curso de la audiencia inicial se planteó como problema jurídico central:

¿Debe el Distrito de Cartagena de Indias, responder administrativa y patrimonialmente, por los daños y perjuicios que se alega sufrió la sociedad demandante, con ocasión de unos presuntos errores graves en los diseños viales del proyecto del Sistema Integrado de Transporte Masivo-TRANSCARIBE de Cartagena, particularmente en el tramo IV, zona aledaña a la bomba El Amparo y, que se afirma ocasionó una reducción de la movilidad del tráfico vehicular desde y hacia la estación de servicios bomba El Amparo y, consecuentemente una caída de las ventas y utilidades que percibía la sociedad actora como propietaria de dicha estación de servicios?

En el evento de ser positivo el anterior cuestionamiento, se establecerá si *¿hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales en las cuantías solicitadas en la demanda?*

De acuerdo con ello, debe establecerse en primer término, si se produjo el daño alegado en la demanda, para luego definir si el mismo le es imputable

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

a la entidad demandada, en virtud de alguno de los regímenes reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. TESIS

La Sala considera que se deben negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no está demostrado el carácter cierto del daño que alega la sociedad demandante. Lo anterior, por cuanto se considera que el dictamen pericial y el informe contable aportado, no determinan con claridad los procedimientos, las variables y las herramientas que condujeron a las conclusiones descritas. No se aportaron los documentos contables que permitieran determinar la veracidad y tampoco se efectuó una comparación sistemática de los años anteriores, para determinar con certeza el decrecimiento de las ventas durante el tiempo en que empezó a operar el SITM.

A juicio de la Sala, la información contenida en el dictamen no permite concluir que en el lapso en que empezó a operar el SITM en esa zona, se causó una desproporción en las ventas que venía presentando la estación de servicio de gasolina. Además, se considera que el proyecto de sistema integrado de transporte masivo le garantizó el acceso a la estación de servicio, de modo tal que no es posible determinar que a la sociedad accionante se le ha causado un daño individual y concreto como consecuencia de la implementación de esa vía para el acceso al SITP TRANSCARIBE.

En consecuencia, al no estar debidamente determinado el daño que se aduce como causado, no sería posible realizar un juicio de imputación.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.3.1 Generalidades de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración de un daño antijurídico causado a un ciudadano, y de su imputación a la administración, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo; argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar su jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁴ y de 23 de agosto de 2012⁵.

⁴ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

⁵ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

En ese orden, el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad, según lo explica la Corte Constitucional, en que él no debe ser soportado por el ciudadano, 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"⁶.

Sobre la imputación, se debe entender como el juicio normativo de vinculación que acude a una serie de criterios técnico - jurídicos que permiten justificar que un determinado daño padecido por alguien debe ser de cargo del Estado⁷, conclusión a la que se llega a través de los regímenes subjetivos y objetivos desarrollados por la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

En cuanto al fundamento para reparar sustento en un daño especial, es necesario entender, ante todo, que el mismo es un resultado colateral, residual de una actuación de la Administración orientada a cumplir su misión del servicio público, que se traduce en un daño que pone en una situación de desequilibrio ante las cargas públicas a la víctima o víctimas de este.

El régimen de responsabilidad por daño especial se configura con la concurrencia de los siguientes elementos⁸:

"1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.

2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷ Serrano Escobar, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daño, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2011. Pag. 368.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 10392. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios. (...)

El tribunal acertadamente manejó este caso con base en el régimen de responsabilidad por daño especial caracterizado por presentarse en aquellas situaciones en las que la administración en desarrollo de una actividad legítima afecta los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, a cuya consecuencia se causa un daño especial al administrado, cuya situación particular no puede enmarcarse en un régimen distinto de responsabilidad”.

4.5. CASO CONCRETO

4.5.1. Hechos probados

4.5.1.1. El establecimiento de comercio Servicentro El Amparo está constituido como una sociedad limitada, cuyo objeto principal es la distribución y venta de combustibles, lubricantes y demás accesorios utilizados para el mantenimiento y conducción de vehículos automotores (fl. 9-10).

4.5.1.2 Mediante escrito radicado el 17 de julio de 2012, varios de los representantes de los establecimientos de comercio ubicados en el sector donde se realizaba la obra- entre los que figuraba la sociedad demandante, manifestaron su inconformidad por las consecuencias adversas que les produjo dicha obra (fl. 11-16).

4.5.1.3 A folios 17 a 24 constan los planos sobre el diseño de la obra que se construiría en ese sector, que según la sociedad demandante le entregó la Secretaría de Planeación.

4.5.1.4. La sociedad demandante aportó informe pericial realizado por el ingeniero Héctor Jiménez Vanegas, en el cual se concluyó que “se está ante una reducción drástica del tráfico vehicular, por cercenamiento de los accesos vehiculares, desde y hacia la estación de combustible SERVICENTRO EL AMPARO, que frente a la movilidad vehicular preexistente a las obras del Proyecto Transcribe, constituye ciertamente una

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

disminución significativa de la cantidad de vehículos que pueden ingresar, ahora, después de la intervención vial, a la mencionada estación” (fl. 27-38).

4.5.1.5 A folios 40 a 43 consta el cuadro comparativo de los galones dejados de vender en el establecimiento de comercio, desde el año 2009 hasta 2013 por la obra de Transcaribe.

4.5.1.6 Consta el concepto rendido por el ingeniero Ramón Torres Ortega, sobre el acceso a la bomba El Amparo. Además de los planos de diseño y récord urbano del tramo Amparo- Portal (fl. 148-153).

4.5.1.7 A folio 171 a 204 consta copia del contrato de concesión para el diseño y construcción del Portal El Gallo y el Patio Taller del SITM TRANSCARIBE. También se aportó copia del Plan de Manejo de Tráfico en Obra Amparo- Portal (fl. 205-229).

4.5.1.8 A folios 243 a 282 consta el informe que rindió el Perito Hernando Cuesta Ripoll. De acuerdo con el cuestionario que se le formuló el auxiliar de la justicia, resolvió:

Pregunta: ¿Cuál es el nivel de accesibilidad actual de las vías de ingreso y salida de vehículos desde y hacia la Estación de Servicios “Bomba del Amparo”, luego de las obras de intervención vial realizada por la construcción del tramo IV de SITM TRANSCARIBE en la ciudad de Cartagena, determinando cuantas y cuáles son las vías de acceso a dicha EDS?

Respondió: *“...Haciendo una comparación de las dos situaciones analizadas anteriormente, se observa que el flujo vehicular antes de la ejecución de los trabajos emprendidos por TRANSCARIBE en el tramo IV del Proyecto SITM, la Bomba El Amparo tenía cinco (5) entradas (la 3 con restricción debido a un pare peligroso de los vehículos procedentes de los barrios Los Alpes para tener acceso a la Glorieta) y Tres (3) SALIDA; lo ocurrido durante el proceso de construcción lo conozco solo por referencias obtenidas dentro del expediente y por fotografías satelitales de la época. Después de la ejecución de los trabajos se observan TRES (3) ENTRADAS, dos (2) de ellas con restricciones, como son: la entrada 2 (suroccidente-sur), cuyo flujo vehicular proviene de la Transversal 54 (Bosque), en donde se tiene que tomar un estrecho y corto carril sin ninguna señalización, para luego hacer un alto (cambio de semáforo), esperar la evacuación del carril mixto proveniente de la Avenida Pedro de Heredia (incluyendo la ruta Transcaribe X106P Variante-Centro), para entrar luego a la Bomba, maniobra peligrosa propensa a accidente y la entrada 3 (Oriente- Occidente), conformada por*

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

un estrecho carril sin salida, sin andenes y sin ninguna seguridad para los peatones que deben visitar el concurrido sector comercial de la zona; y DOS (2) con libre accesibilidad”.

El perito también concluyó : i) que sí ha existido y existe actualmente afectación a la accesibilidad desde y hacia la estación de servicios Bomba El Amparo, luego de las obras de intervención vial realizadas por la construcción del tramo IV del SITM, ii) en la construcción del tramo IV del SITM, sí hubo cambios en su diseño geométrico y sí afectaron y afectan actualmente el acceso a la estación de gasolina, iii) el cambio de diseño geométrico del tramo, debió acompañarse del respectivo estudio sobre el cambio de posición del eje del carril del solo bus al centro del proyecto, minimizando en buena parte el problema de accesibilidad que se creó.

4.1.1.9 A folios 284 a 299 consta el peritazgo que rindió el perito contador Antonio Castillo Álvarez, en el que determina un valor total por concepto de lucro cesante- consolidado y futuro- de \$6.407.503.006,59.

4.5.1.10 La Dirección del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte-DATT, mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2016 indicó que *“todos los tramos construidos por Transcribe S.A. contaron con la presencia permanente y aprobación de la autoridad de tránsito de la ciudad. De los planes de manejo de tráfico para la mitigación de las afectaciones durante su construcción. En el caso del tramo IV Amparo-Portal, este plan de manejo de tráfico específico que eran discutidos semanalmente en un comité de obra donde asistían contratista, interventoría, DATT y Transcribe S.A. No era posible ni viable, abrir un frente de obra que presentara afectación a la movilidad y al comercio sin la aprobación del DATT.*

Prueba de lo anterior, es que todos los establecimientos de comercio adyacentes al área de intervención cerraron con el contratista las respectivas actas de vengida y afectaciones respectivas sin ningún inconveniente. A excepción de la EDS el Amparo” (fl. 369-370).

4.5.1.11 A folios 375 a 384 del expediente consta las observaciones que presentó Transcribe S.A., frente al informe que rindió el perito sobre las vías de acceso y la afectación a la Estación de Gasolina.

Con relación a las vías de acceso antes del proyecto, indicó que no era cierto lo expresado por el perito. Primero porque la vía de acceso señalada con la No. 3 - Los Alpes - glorieta - bomba del Amparo, no se puede

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

considerar como entrada o acceso, por cuanto dicho movimiento era totalmente antitécnico y de alta peligrosidad, de tal forma que la autoridad de tránsito colocó unos tachones para restringir ese cruce. En cuanto al acceso 4 y 5, indicó que es el mismo, solo que provienen de dos flujos de dos direcciones que confluyen en el mismo acceso. En conclusión determinó que solo eran tres accesos con los que contaba la EDS.

Objetó la palabra “acceso restringido” utilizada en el informe pericial, por cuanto el término que se debe utilizar es el “acceso controlado”, con una señal de pare solo para el ingreso 2 exclusivo hacía la bomba proveniente de la transversal 54 (Bosque) y numero 3 controlado con semáforo.

En consecuencia sostuvo que el actual proyecto presenta la misma cantidad de entradas y salidas. También objetaron la conclusión a la que llegó el perito por resultar completamente falso que se haya cambiado los diseños durante la etapa de construcción del tramo IV.

4.5.1.12. En la audiencia de pruebas celebrada el día 6 de septiembre de 2016 (fl. 301-307), se recibió el testimonio de los señores Héctor Jiménez Vanegas y Manuel Ortega Vanegas. El primer de los nombrados fue el perito que rindió el dictamen que inicialmente aportó la demandante y el segundo asistió en calidad de contador del establecimiento de comercio.

4.5.1.13 En la audiencia de pruebas celebrada el 20 de septiembre de 2016, comparecieron los peritos Antonio Lucas Castillo Álvarez y Hernando Cuesta Ripoll (fl. 345-348). El último de los nombrados también compareció a la audiencia que se celebró el 23 de septiembre de ese mismo año (fl. 354-355).

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Conforme los argumentos planteados por cada una de las partes, se procede a determinar si en el caso bajo estudio se cumplen los presupuestos para decretar la responsabilidad patrimonial del Distrito de Cartagena de Indias y de Transcaribe S.A. Para ello, como primer aspecto se debe analizar el daño y los elementos que lo comprenden. Luego de determinada la certeza del daño aducido, se procederá a determinar si el mismo es imputable a alguna de las entidades demandadas.

4.5.2.1 El daño

Este primer elemento ha de entenderse como toda lesión a los intereses lícitos de una persona, tratándose de derechos materiales o inmateriales, que

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

se presenta como lesión definitiva de un derecho y que gracias a la posibilidad de accionar, es pasible de reparación, si los otros elementos de la responsabilidad se encuentran reunidos.

En palabras del profesor Juan Carlos Henao Pérez⁹, el daño es entonces, el primer elemento de responsabilidad y, de no estar presente, torna inoficioso el estudio de ésta. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada, no tiene porqué ser favorecida con una condena que no corresponda. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.

Por ello uno de los elementos del daño, es que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. O dicho en otras palabras no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones.

En el caso bajo estudio, la sociedad demandante señaló que el Distrito de Cartagena de Indias y Transcaribe S.A., eran responsables de los perjuicios materiales que se le han causado por la baja en las ventas de combustible y demás productos en la Estación de Servicio El Amparo. Adujo la parte demandante que había tenido perdida por valor de diez mil millones de pesos, debido al cambio en la infraestructura vial que se dio debido a la construcción del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena. Al respecto señaló que los diseños restringieron las vías de acceso y de salida del establecimiento, lo que le originó pérdidas en las ventas.

Para acreditar el daño causado, junto con la demanda aportó un cuadro comparativo de los galones dejados de vender desde mediados del año 2010 hasta el 2013, tomando como referencia lo vendido en el año 2009. Dicho documento fue aportado por el contador del establecimiento de comercio.

Luego, en el curso del proceso se practicó un dictamen pericial por parte de un perito contador, en el que se determinaron otros valores por concepto de lucro cesante. En dicha experticia se calculó un total de \$6.407.503.006,59 millones por concepto de pérdidas en las ventas de combustible, divididos así, por lucro cesante consolidado-\$2.2766.423.843,00 - y por lucro cesante futuro - \$3.641.079.163,59.

⁹ Henao Pérez, J.C. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Frances. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. Pag. 36-37.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

En dichos documentos ambos contadores indican que el establecimiento del comercio ha venido presentado pérdidas por la disminución en las ventas de combustible, debido a las obras de construcción del tramo IV para la implementación del SITM TRANSCARIBE que iba desde el sector bomba El Amparo hasta el Patio Portal.

A pesar de los medios probatorios allegados al proceso, considera la Sala que el daño alegado - consistente en las pérdidas que ha tenido la ESD por la implementación del SITM TRANSCARIBE -, no se encuentra probado. Lo anterior, por cuanto el fundamento expuesto por el perito contable no resulta verídico, claro y preciso en torno al hecho generador que se le atribuye. Por ello, se procede a exponer las siguientes razones:

El daño alegado consiste en la presunta pérdida que ha ocasionado el diseño del tramo vial para la implementación del SITM en ese sector. Por ello, el perjuicio acaecido - traducido en las pérdidas económicas - como consecuencia de la baja en la venta de combustible, debe ser preciso, conciso y detallado, pues si ello no está suficientemente determinado, resulta inane analizar la imputación, debido a que no está sustentado ese primer elemento de la responsabilidad que es daño, cuya característica además de personal, debe ser cierto y determinable.

En el caso de autos, para efectos de la demostración de la existencia y la tasación de los perjuicios alegados por la parte demandante, reposa dictamen pericial. Dicho documento, constituye un elemento de prueba que debe ser valorado por el funcionario judicial, inicialmente de acuerdo con los criterios previstos en artículo 232 del CGP¹⁰ y luego en conjunto con los demás medios probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por lo tanto, bajo dichos preceptos legales, se tiene que la prueba pericial es un medio de convicción a través del cual se aportan elementos técnicos, con miras a dilucidar la controversia. En consecuencia, los peritos deben ofrecer una relación clara, precisa y detallada de los procesos cognitivos realizados y de sus resultados o conclusiones – a través de la descripción de los hallazgos consignando y la memoria del proceso para llegar a ellos -, con arreglo a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada, y respondiendo ordenadamente y en forma concreta y expresa, todos los puntos sometidos a su consideración, especificando las herramientas empleadas, sus alcances y limitaciones, exigencia lógica si se atiende a que

¹⁰ El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

con base en dichos detalles, el funcionario judicial tendrá los elementos necesarios para soportar su decisión.¹¹

En lo que respecta al caso bajo estudio, son varias las dudas que encuentra la Sala que no dan claridad y que no permiten tener como cierto el daño aducido por la parte demandante. En primer lugar se resalta que, el perito en la audiencia en la que compareció para explicar el dictamen emitido, hizo una lectura del informe que aportó con destino al proceso, es decir, en dicho documento se establecen unas conjeturas relacionadas con el decrecimiento que ha tenido el establecimiento de comercio, pero no se aportaron los documentos contables en los cuales se apoyó, o el valor de cada galón de combustible durante cada año y la proyección que se venía presentado durante años anteriores a la ocurrencia del presunto hecho dañoso.

Para la Sala, era necesario que en el informe pericial se precisara en detalle un análisis a partir de los libros contables, las facturas y de las variables del mercado de petróleos, que dieran cuenta de las operaciones realizadas en el establecimiento de comercio. Contrario a ello, en el documento se partió de la tesis de que la ESD desde el año 2010 presentó pérdidas, sin estar debidamente soportada esa afirmación.

Por el contrario, lo que se dijo en el informe y en la respectiva audiencia, es que, se tuvo en cuenta como variables de cálculo internas: i) el auto que ordena el dictamen, ii) documentos aportados por el demandante y, iii) registro mercantil del negocio. Como variables externas: i) índice de precios al consumidor, ii) sentencia del 11 de febrero de 2009 expediente 17.407 y iii) fórmulas matemáticas para la liquidación del daño emergente (fl. 286-287).

Tampoco se indicó cuál era el valor de cada galón en promedio durante cada mes, cuál era la cantidad que se compraba y qué se vendía en cada período. Y sobre todo, no existe una comparación extensiva hacia los años anteriores que permitiera determinar, si a partir del año en que se empezó a construir el tramo vial para el SITM, decreció de manera abrupta y desmedida la venta de combustible.

Sobre este último aspecto, llama la atención de la Sala que, en el curso de la audiencia de pruebas, compareció el señor Manuel Augusto Ortega Vanegas - contador del establecimiento del comercio -. En dicha diligencia,

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del Veinticuatro (24) de Octubre de Dos Mil Trece (2013). Radicación: 25000232600020010274901 (27807). Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

el testigo informó¹² lo siguiente respecto de los años que se tuvieron en cuenta para calcular las perdidas: *“se tomó el año 2009 como referente, porque en los años anteriores los galones presentaban un promedio de 180 mil galones, pero desde el año 2003 comenzamos a disminuir debido a que aparecieron las estaciones de gas. En el año 2003 comenzamos a disminuir, nos mantuvimos en 150- 140 mil. Cuando empezó transcribe comenzamos 110 mil. A esta época que estamos en el 2016 estamos a 78 mil galones.”*

Teniendo en cuenta lo manifestado por el contador del establecimiento de comercio, sobre el hecho que no se realizó el análisis de las ventas respecto de años anteriores porque desde el año 2003 se venía presentando un decrecimiento en las ventas de galones, debido a que muchos vehículos fueron convertidos al sistema de gas, se pregunta la Sala: por qué esa variable no se tuvo en cuenta al momento de establecer el dictamen y solo se tuvo presente el año anterior a la entrada en funcionamiento del SITM, cuando era evidente que desde hace siete años ya se venía presentando un decrecimiento en la venta de galones, debido a otros factores diferentes a los que se señalan en la demanda. Luego entonces, cómo sostienen que esa baja se debe al trazo o diseño de la vía y no a otros factores, si como lo reconoce el mismo contador, hace más de siete años se produjo una variación por la entrada al comercio de otro competidor.

Prueba de que el respectivo dictamen no se acompase de los fundamentos normativos propios de la venta de combustibles, es que en el artículo 10 de la Ley 26 de 1989¹³, se establece que *“para todos los efectos fiscales se estiman los ingresos brutos del distribuidor minorista de combustibles líquidos y derivados del petróleo, por venta de ellos, que resulten de multiplicar el respectivo margen de comercialización señalado por el Gobierno, por el número de galones vendidos, restándole el porcentaje de margen de pérdida por evaporación”*. Atendiendo lo consagrado en la citada disposición, se evidencia que en la renta bruta del distribuidor minorista de combustible, juegan dos variables, que son, el margen de comercialización señalado por el Gobierno y el porcentaje de margen de pérdida por evaporación. Pese a lo anterior, en el informe pericial que rindió el auxiliar de la justicia, no se hizo referencia a esa norma, ni se explicaron cuáles eran los parámetros de ganancia establecidos por el Gobierno durante los años analizados y cuál era el porcentaje de pérdida que tenía la ESD por evaporación.

¹² Tercera sesión audiencia de pruebas (Minuto: 1:26-2:42)

¹³ Por medio de la cual se adiciona la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

En el folio 290 y ss del expediente se observa, el cuadro correspondiente a las diferencias brutas de utilidad desde junio de 2010, en los productos que se comercializan (corriente - diesel - extra). Sin embargo, como se advirtió en precedencia, se obvió hacer un análisis ponderado que cobijara un lapso prolongado en el que se pudieran determinar el comportamiento real de ventas del establecimiento comercial. De esa forma, se determinaría si en el lapso en que se produjo la implementación del SITM, se ocasionó una desmedida y abrupta baja en las ventas de gasolina, constitutiva de un daño, que además de cierto, tratándose del daño especial, debe ser anormal y excepcional.

Por otro lado, si la tesis fundada de la parte actora es que, desde la construcción del tramo para el SITM decrecieron las ventas de galones en la ESD - lo que supone una constante que supuestamente se ha mantenido en años -, por qué en el informe existen meses, como por ejemplo, en los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, en los que no se presentaron pérdidas en la venta de gasolina. En consecuencia, que variables y circunstancias confluyeron en el mercado para determinar que en ese lapso más vehículos fueron a la ESD, qué elementos pudieron incidir en esos meses frente a los demás, si se presume que, conforme lo establecido en la demanda, con la operación de TRANSCARIBE se redujo considerable y exageradamente la venta de combustible.

A juicio de la Sala, cada una de las salvedades anteriormente señaladas frente al informe pericial rendido, no permiten tener como cierto el daño alegado por la parte demandante, por cuanto, no es dable determinar con suficiencia y claridad, cuáles son los estados financieros del establecimiento de comercio y cuál fue su comportamiento en cuanto a las ventas desde que empezó a operar TRANSCARIBE en ese sector. De modo tal, que al no existir una precisión y claridad en torno al carácter cierto del daño que se les endosa a las demandadas, no sería posible realizar un juicio de imputación de responsabilidad. Lo anterior, porque no es factible analizar la atribución de responsabilidad, cuando no está claramente probado el daño sufrido con la conducta que se endilga.

En todo caso se precisa que en este momento procesal no se cuestiona ni se está negando el monto solicitado, pues ello correspondería a la etapa de liquidación del perjuicio - en el evento que se determinara como responsable a los demandados -. Lo que sucede es que el daño alegado, está íntimamente ligado al perjuicio reclamado. Por lo tanto, si lo que se aduce es que se produjo una baja considerable en las ventas atribuidas al diseño de la vía del SITM, es necesario determinar con suficiencia y claridad,

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

la prueba de dicha lesión por cuanto no debe estar soportado en situaciones hipotéticas o meras conjeturas.

En lo atinente a la restricción a las vías de acceso, se considera que el proyecto de sistema integrado de transporte masivo no se construyó en desmedro de los intereses particulares de la sociedad accionante, sino en beneficio del interés general. En ese sentido, no podría considerarse que con la construcción del tramo vial se le causó desmedido y desproporcional desequilibrio frente a las cargas que debía asumir como propietaria del establecimiento de comercio y frente a la implementación de ese sistema de transporte en la ciudad. Es decir, no se considera como un menoscabo individual y personal dirigido a afectar de manera particular de la sociedad demandante para garantizar el interés general de toda la población.

Se hace la anterior afirmación porque contrario a lo sostenido por la sociedad actora, se estima que el proyecto vial se garantizó el acceso y salida vehicular a la Estación de Gasolina. Sin distingo, de los cambios connaturales que trajo consigo el nuevo diseño frente a lo que anteriormente existía. En tal sentido, se evidencia que en la actualidad al establecimiento comercial se puede llegar: i) desde la Avenida Pedro de Heredia, ii) desde el Barrio Bosque por la Transversal 54 hasta llegar a la Bomba El Amparo y iii) desde la carretera la cordialidad haciendo un giro hacia la bomba del amparo.

Otro aspecto, que resulta importante destacar y que fue relacionado por el Procurador Judicial, consiste en la falta de nexo causal entre el restringido acceso y la baja o descenso de las ventas. No encuentra la Sala probado dicho supuesto porque como se advirtió en párrafos anteriores, el contador de la sociedad demandante declaró que desde años anteriores- 2003- se presentaba un decrecimiento en las ventas producto de la entrada de otros actores externos.

Es decir, desde mucho antes se venían presentando una serie de riesgos y variables que no se relacionan con la construcción y diseño de esa vía, pero que tienen incidencia en la actividad comercial que desempeñaba la demandante y que desde luego no podrían ser achacadas a las demandadas, porque no existe prueba suficiente que así lo acredite.

En consecuencia, al existir dudas sobre los informes contables de la demandada, lo que procede es concluir que el daño alegado no ostenta el carácter de cierto, debido a que no se tiene certeza de que

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

efectivamente se produjo una considerable baja en las ventas de la estación de servicio, a causa de la implementación del SITM.

Así las cosas, dada la falta de prueba sobre la existencia de un daño como primer elemento de la responsabilidad, se despacharán desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Por último, se reconocerá personería para actuar como apoderado de TRANSCARIBE S.A., al abogado Raúl Guerrero Durango (fl. 541). En ese mismo, orden se aceptará la renuncia que presentó la abogada Margarita Casas Cotes (fl. 537).

4.6. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte que resultó vencida en el proceso.

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,

V.- FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la Sociedad SERVICENTRO EL AMPARO, contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y TRANSCARIBE S.A., conforme las razones expuestas en la parte motivan de la providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales en su modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho. Estas serán liquidadas por la Secretaría del Tribunal, conforme los parámetros establecidos en el Código General del Proceso.

Rad. 13001-23-33-000-2014-00239-00

TERCERO: ACEPTAR la renuncia que presentó la abogada Margarita Casas Cotes como apoderada de TRANSCARIBE S.A. en consecuencia se RECONOCE como apoderado de esa entidad, al abogado Raúl Guerrero Durango.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

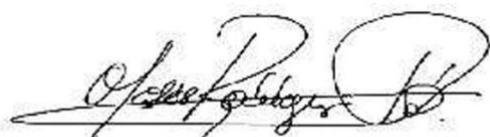
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS