



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

Cartagena, diez (10) de abril de dos mil quince (2015).

#### I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	SERVIO TULIO BENITEZ GÓMEZ
Demandado:	DISTRITO DE CARTAGENA
Tema:	<i>Daño derivado de obra pública – falta de legitimación</i>

#### II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión 002 de la Subsección Especial de Descongestión de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por el Acuerdo PSAA15 - 10296 de 11 de febrero de 2015 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por SERVIO TULIO BENITEZ GÓMEZ quien a través de apoderado judicial presentó acción de Reparación Directa contra el DISTRITO DE CARTAGENA.

#### III.- ANTECEDENTES

La parte demandante aspira obtener el despacho favorable de las siguientes:

#### PRETENSIONES.

1. *“Que se declare responsable administrativamente al DISTRITO T. Y C. DE CARTAGENA por la construcción de la tercera carrera del barrio EL CABRERO AVENIDA SOLEDAD ROMAN DE NUÑEZ, que irrogó los perjuicios al actor.*
2. *Que como consecuencia de la declaratoria precedente, se condene a la demandada a pagar los perjuicios causados al demandante en la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), mas la depreciación monetaria e intereses posteriores conforme a los artículos 373 de la Constitución Política y 884 del Código de Comercio.*



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

3. *Que bajo lo determinado en los artículos 168, 267 del C.C.A, 5 y 392 del C.P.C y 13 del Estatuto superior, se condene a la demandada a pagar costas del proceso."*

#### HECHOS.

Se narra en la demanda, que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, de manera directa o indirecta realizó la construcción de la avenida denominada SOLEDAD ROMAN DE NUÑEZ, o avenida tercera del barrio EL CABRERO, situada en la parte trasera del inmueble de propiedad del doctor SERVIO TULIO BENITEZ GÓMEZ.

Que la construcción de la citada avenida produjo secuelas y perjuicios al actor, debido a que la construcción produjo un desnivel con respecto al predio de su propiedad, quedando por debajo de la calzada construida, un metro con cinco centímetros, por lo que desde ese momento comenzó a ser invadido por las aguas lluvias, hasta el punto de mantenerse anegado aun habiendo dejado de llover.

Que se causó intencionalmente la demolición de la pared medianera que separaba el predio del actor con la carretera, violando toda cantidad de derechos, empezando por el debido proceso, pues disminuyó la superficie del predio en un área de 2 x 35 mts respecto del terreno que poseía en virtud de título, y por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

Que tales hechos han demeritado el precio del inmueble, frente a ofertas de compra que se han frustrado, por la disminución del área del predio en la cantidad antes enunciada, por las inundaciones de aguas lluvias producidas por el desnivel y por la demolición de la tapia que separaba al predio de la carretera que fue construida, perjuicios estos que permanecen en el tiempo desde la construcción de la prenombrada avenida.



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>1</sup>.

El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, mediante apoderado judicial debidamente constituido para este proceso, presentó en legal tiempo memorial de contestación de la demanda en el que se opone a las pretensiones de la parte actora.

Elabora un argumento tendiente a desvirtuar lo afirmado por la parte demandante, manifestando esencialmente, que no le constan los hechos de la demanda, y que el DISTRITO DE CARTAGENA no ha causado daño alguno al actor por acción o por omisión, y que eventuales actos que pudieron surgir para restituir bienes de uso público, debieron ser atacados en su momento a través de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que en todo caso quien tuvo a cargo la obra pública a la que se refiere el actor fue EDURBE y no el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

Señaló también que el terreno que menciona el actor como cercenado y objeto de demolición, se encuentra circundante al Lago del Cabrero, que resulta ser un cuerpo de agua susceptible de protección, sin que sea permitido ni viable conceder titularidad sobre dicha franja de tierra, pues se trata de un bien de uso público, imprescriptible además.

Propone como excepciones: FALTA DE CONVOCATORIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO, FALTA DE AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN, INEXISTENCIA DEL PERJUICIO, INFUNDAMENTADA CUANTÍA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS.

### ACTUACION PROCESAL

Con auto del 27 de abril de 2011 (F. 35) se admitió la demanda, disponiéndose la notificación personal del ente demandado y del agente del Ministerio Público (F. 36 reverso y 50). La fijación en lista se surte entre el

---

<sup>1</sup> Ver folios 52 a 61.



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

23 de noviembre y el 6 de diciembre de 2011. Mediante providencia de enero 30 de 2012 se dispone la apertura del período probatorio. Con auto de Octubre 22 de 2014 se corre el correspondiente traslado para alegar de conclusión. (F. 253).

### ALEGACIONES

Sólo la parte demandada recorrió de manera oportuna el término para alegar de conclusión, en general ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión (F. 253 reverso) emitió concepto en el asunto de la referencia.

Señaló que de acuerdo a los criterios de la sana crítica no se demostró el daño causado por el demandado, de manera que si bien aparece probada la titularidad del derecho de dominio que sobre el inmueble ejerce el accionante, no se logra acreditar que en efecto, la construcción de la carretera hubiere ocasionado perjuicios al señor BENITEZ GÓMEZ, ni se da cuenta de donde resulta el monto estimado como lucro cesante, ni mucho menos el desnivel que supuestamente presenta la vivienda con respecto a la carretera.

Que tampoco se estableció si en realidad el DISTRITO DE CARTAGENA actuó de forma arbitraria e ilegal, al ordenar la demolición de la pared medianera que separaba el predio de la carretera, carga probatoria que recaía en el demandante; y que, en todo caso, si en gracia de discusión se decidiera realizarse un análisis del caso, sólo le cabría responsabilidad a EDURBE S.A. y a el CONSORCIO VIAS DEL CABRERO, por ser quienes suscribieron el contrato que dio origen a los hechos que sustentan la acción, de manera que las pretensiones tendrían que ser despachadas de manera negativa.



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

#### **IV. - CONTROL DE LEGALIDAD**

Como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, en razón de ello se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **CONSIDERACIONES**

##### **COMPETENCIA.**

Es competente esta Corporación para resolver de fondo el presente asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 132.6 del C.C.A.

##### **CADUCIDAD**

La caducidad de la acción es un presupuesto procesal necesario para dar pronunciamiento de fondo a las pretensiones de la demanda, consistente en la temporalidad para el ejercicio de la acción. El término de caducidad varía de una acción a otra y en algunos casos en forma excepcional, una misma acción tiene diferentes términos de caducidad.

Con relación a la acción de reparación directa, según lo contempla el art. 136 del C.C.A., la caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Ahora bien, cuando la norma en cita señala que el término de caducidad de la acción de reparación directa donde se persiga la indemnización de los perjuicios ocasionados por la ocupación o afectación permanente de un inmueble, con ocasión a la realización de obras públicas o cualquiera otra causa, será de dos años a partir de la ocurrencia de esta, debe entenderse como ocurrida la ocupación, desde el momento en que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No

SGC

Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

termina la obra pública que afectó de manera permanente el inmueble objeto de la litis, a menos que el afectado con la ocupación no haya tenido conocimiento de ésta, caso en el cual empezará a contarse el término desde el momento que el afectado se percate de tal ocupación.<sup>2</sup>

Se deriva de lo anterior, que en eventos en donde la ocupación del inmueble es permanente en virtud de la construcción de una obra, el término de caducidad inicia su curso a partir del día siguiente a la finalización de la misma.

Teniendo como marco la referida decisión jurisprudencial, encontramos que en el *sub examine* se pretende la reparación por la afectación de un inmueble que, debido a una obra pública con vocación de permanencia, quedó un metro por debajo del nivel de la vía, espacio que fue ocupado por la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar EDURBE S.A. en la construcción de la denominada Avenida Tercera o calle Soledad Román de Núñez.

Al respecto, observa la Sala que en la demanda no se indica cuándo iniciaron y cuándo terminaron las obras.

Al respecto encontramos que a folios 97 a 126 del expediente reposa contrato N° 049 de 2003, firmado el 27 de agosto de 2003 y celebrado entre EDURBE S.A. y el Consorcio Vías del Cabrero, y cuyo objeto consiste en ejecutar por el sistema de concesión el proyecto denominado: "CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA DEL LAGO DEL CABRERO (AVDA 3ra)..."

El anterior documento no ofrece certeza acerca del inicio, y mucho menos acerca de la finalización de la vía en mención, pues para el momento en que se suscribe se trataba de una proyección, además de no haberse allegado certificado alguno que corrobore la fecha de finalización de la obra pública en comento, por lo que manteniéndose la duda al respecto, no puede decirse que el actor superase el término de 2 años consagrado

---

<sup>2</sup>Consejo de Estado, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Rad. 54001-23-31-000-2008-00301-01(38271), C.P. Danilo Rojas Betancourt.



Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

en el artículo 136 del C.C.A., para el ejercicio de la acción de reparación directa que intenta.

Adicional a lo anterior, la parte demandada no propone la caducidad como medio exceptivo.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Analizada la demanda, el problema jurídico que surge consiste en resolver si en el presente asunto cabe imputarle responsabilidad patrimonial a la entidad demandada – **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** -, atendiendo la tesis del actor según la cual, se produjo una afectación del inmueble de su propiedad que, debido a una obra pública con vocación de permanencia, quedó un metro por debajo del nivel de la vía, teniendo en cuenta que dicho espacio fue ocupado por la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar **EDURBE S.A.** en la construcción de la denominada Avenida Tercera o calle Soledad Román de Núñez del barrio El Cabrero.

De resultar negativo el anterior interrogante debe procederse a estudiar el resto de excepciones propuestas, y, eventualmente, si existe o no responsabilidad administrativa, extra-contractual por parte del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, por los presuntos perjuicios causados al accionante en el inmueble de su propiedad, con ocasión de la construcción de obra pública.

Paralelo a lo anterior deberá resolverse si existe o no una indebida escogencia de la acción, frente al daño que el actor estima devenir de la demolición de una pared que hacía parte de su propiedad, y que disminuyó el área de ésta.

### ***Acerca de la legitimación en la causa por pasiva.***

En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, le compete a la Sala analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso a la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No

SGC

Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a la accionada<sup>3</sup>.

La jurisprudencia Constitucional, con relación a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, se ha referido a ella, como la *"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"*, de tal suerte, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Respecto a la decisión a emitir cuando falte legitimación del extremo demandado, ha dicho el Consejo de Estado<sup>4</sup>:

*"...Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.*

*Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:*

*"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"*

<sup>3</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Actor: Francisco Hernando Toro Vallejo, contra la Nación - Ministerio de Desarrollo Económico Bogotá., D.C., Octubre 3 de 2012 Radicación No.: 25000232600019950093601 (22984)

<sup>4</sup> Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032) Actor: ELIZABETH VALENCIA Y OTROS Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No**

**SGC**

**Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00**

*Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.”*

**CASO CONCRETO:**

En el asunto que se dirime, y atendiendo el contenido de la demanda instaurada, el actor demandó al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, alegando un doble daño.

Por una parte se refiere a la afectación del inmueble presuntamente de su propiedad, que, debido a una obra pública con vocación de permanencia, quedó un metro por debajo del nivel de la vía, espacio fue ocupado en la construcción de la denominada Avenida Tercera o calle Soledad Román de Núñez, lo que le ha ocasionado perjuicios y un detrimento al valor comercial del mismo, por la incursión de las aguas en épocas de lluvias, y que es producto del mencionado desnivel.

De otra parte alega el detrimento ocasionado en razón de la demolición de la pared que separaba el predio de su propiedad con la carretera, lo que lo sustrajo de una franja de terreno que aduce pertenecerle.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No

SGC

Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS se defendió en su escrito de contestación, invocando la falta de legitimación, por cuanto fue EDURBE S.A., quien ejecutó el proyecto vial del que se derivan los daños estimados por el actor, entidad de carácter departamental con facultades, recursos y presupuesto propio, capaz de comparecer autónomamente al proceso, y de responder en el evento de resultar comprometida y acreditarse los factores de imputación propios de la acción de reparación directa que intenta el actor.

En efecto, tal y como se indicó en acápite precedente, en el expediente se demuestra que entre EDURBE S.A. y el Consorcio Vías del Cabrero se celebró el contrato N° 049 de 2003, firmado el 27 de agosto de 2003, cuyo objeto consistió en ejecutar por el sistema de concesión el proyecto denominado: "CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA DEL LAGO DEL CABRERO (AVDA 3ra)...". (F. 97 a 126).

Así mismo reposa en el plenario documentación suscrita por EDURBE S.A., en la que se ratifica en la autoría del diseño del proyecto de construcción vial barrio El Cabrero, integrado por la construcción de la denominada Avenida Tercera o Soledad Román de Núñez, así como en su competencia como entidad ejecutora. (F. 146 a 154).

Resulta claro entonces, que quien tuvo a cargo el proyecto que culminó con la obra pública de la cual se afirma en la demanda ser la causante de los detrimentos descritos, es EDURBE S.A., por lo que estima la Sala que la legitimación en la causa por pasiva corresponde en este caso a dicha entidad, y no al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS como erradamente lo indicó el actor en la demanda.

En este caso EDURBE S.A. no fue demandado, lo que significa que procesalmente NO puede elaborarse juicio alguno tendiente a definir si debe ser condenada o no a responder extracontractualmente por los daños y perjuicios que estimó el accionante, de ahí que frente al primer daño, no cabe responsabilidad alguna.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SALA DE DECISIÓN No 002**  
**SENTENCIA No**

**SGC**

**Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00**

En lo que tiene que ver con el daño que el actor señala devenir de la demolición de una pared que hacía parte de su propiedad, y que disminuyó el área de la misma, considera la Sala que existe una indebida escogencia de la acción.

Al respecto se advierte que el cuaderno N° 2 del expediente se encuentra conformado por toda la documentación contentiva del proceso administrativo N° 041 de 2007 adelantado por el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, a través de la Alcaldía Local Histórica y del Caribe Norte, que concluyó con la Resolución N° RLHCN006 de 15 de febrero de 2008 y su confirmatoria, la RLHCN064 de 27 de mayo de 2008, a través de la cual, se le ordena al señor SERVIO TULLIO BENITEZ y/o personas indeterminadas, la restitución del espacio público, ubicado en el barrio El Cabrero N° 43-42 (espacio público colindante con el bien que se demuestra en el expediente ser de propiedad del señor BENITEZ GÓMEZ, hoy demandante).

Visto lo anterior, evidencia la Sala que las pretensiones del demandante encuentran su fundamento principal en un acto administrativo, susceptible de recursos.

En ese sentido, el demandante debió promover juicio de legalidad sobre esa actuación administrativa haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el mismo contiene la manifestación de la voluntad de la administración; de manera que si consideraba que la demandada no debió ordenar la restitución del espacio que alega propio, debió, una vez agotada la vía gubernativa, incoar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la declaración de nulidad de ese acto administrativo, por alguna de las causales consagradas en el artículo 84 del C.C.A, y como consecuencia de ello, solicitar la reparación del daño.

Así entonces, en el caso objeto de análisis, la fuente del daño que considera causado el demandante, génesis de la reparación del daño solicitado, lo constituye la manifestación de la voluntad de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No

SGC

Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

administración -DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-, en cuanto omitió resarcir los perjuicios ocasionados al actor. Por tal motivo, no es procedente en este caso el ejercicio de la acción de reparación directa, sino el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se aclara, que no tiene el demandante la libre escogencia de la acción, como quiera que es la ley la que prevé cuál de ellas ha de instaurarse para lograr la efectiva realización de los derechos que se afirman conculcados.

Todo lo hasta aquí considerado, permite a la Sala concluir que frente al segundo daño planteado por el actor, la acción de reparación directa en el caso objeto de estudio, es una vía procesal equivocada, lo que determina la prosperidad de la excepción que en tal sentido ha sido propuesta por las entidad accionada e impide igualmente el estudio de las pretensiones del actor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la sentencia resultará denegatoria de pretensiones.

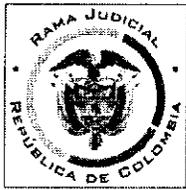
#### **COSTAS**

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 002 Subsección Especial de Descongestión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE** probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA e INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN, propuesta por EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, dentro del proceso que en ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA ha adelantado el señor SERVIO TULIO BENITEZ GÓMEZ.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No 002  
SENTENCIA No

SGC

Radicado No. 13001-23-31-000-2011-00214-00

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

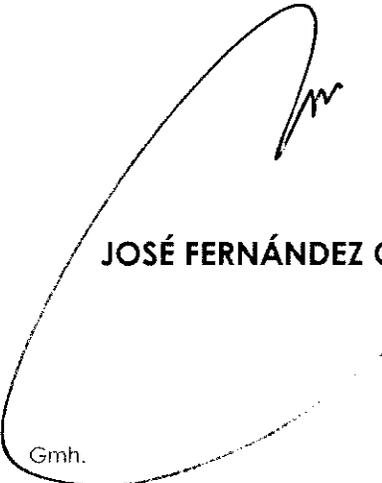
**CUARTO:** Ejecutoriada esta sentencia, procédase al archivo de la misma, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

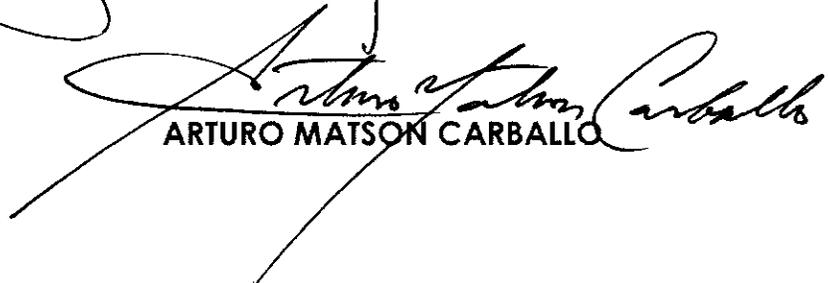
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

  
JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Gmh.