

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 5**

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2016

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA

DEMANDANTE: MARIA TERESA DIAZ VELANDIA Y OTROS

DEMANDADO: MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO

SOSTENIBLE Y OTROS

RADICADO: 15238333300220130038-02

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 643-671) contra la sentencia de 12 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, que negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA (fls. 3-15): Por conducto de apoderado judicial constituido al efecto y en ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores NOHEMI CARRILLO RICO y LUIS RAMIRO PELAYO DIAZ, en nombre propio y representación del menor LUIS ANDREY PELAYO CARRILLO y MARIA TERESA DIAZ VELANDIA, actuando en nombre propio, presentaron demanda en contra de LA NACIÓN,

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, el SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ y el MUNICIPIO DE JERICÓ con el fin de que se les declare administrativa y solidariamente responsables por los perjuicios causados a la parte actora, con ocasión de la tragedia ocurrida en el mes de abril de 2011 en la vereda La Estancia del Municipio de Jericó.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a la entidad al pago de: i) \$128.500.000 por concepto de daño emergente, que corresponden al valor comercial de bienes inmuebles del demandante, muebles y enseres ii) la cantidad de \$81.100.000 por lucro cesante, integrado por el valor de las cosechas y la explotación agropecuaria del inmueble del demandante y iii) por daños morales la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes (fl. 4). De la misma forma, pidió la actualización de la condena y el pago de los intereses moratorios.

2.3.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (Fls. 6-8): En síntesis, los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que los señores Luis Alfredo Pelayo Eslava y María Teresa Díaz Velandia adquirieron la finca denominada "La Cuadra", ubicada en la vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, distinguido catastralmente con el número 00100030106000, con un área de 5 Hectáreas 5000 metros cuadrados.

Sobre sus características dijo:

"...se encontraban formal y legalmente ajustados a las exigencias de la propiedad privada, se pagaba el tributo fiscal determinado, uso del suelo, estaban dentro de los parámetros medio ambientales y dentro del "PLAN O ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL" y planes afines adoptados y adoptados ya a nivel Municipal, Departamental y Nacional determinado en la Constitución Nacional, Leyes y demás

normatividad vigente...-".

Manifestó que los demandados, aunque de tiempo atrás tenían conocimiento de las fallas geológicas y medio ambientales del sector, no estructuraron verdaderos planes especiales de manejo y protección, de seguimiento ambiental, monitoreo, contingencia, proyectos, obras o actividades tendientes a la prevención y mitigación de posibles desastres.

Que el 29 de abril del año 2011, se produjo una tragedia que generó la transformación de la tierra y desaparición de los inmuebles de los accionantes; que les fueron ocasionados daños tales como la pérdida total de estos bienes, la pérdida de subsistencia presente y futura del demandante y su familia; la desolación, desconfianza e incertidumbre por el desastre.

Expresó que frente al hecho notorio y de público conocimiento que generó el desastre, las entidades accionadas "*registran ACCIONES u OMISIONES de la FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA que materializa ERRORES O FALLAS (...) pero no se hizo nada para efectivizar elementales principios ecológico-ambientales de cuidado, precautelación, prevención, corrección, mitigación, compensación...a la fecha, se evidencia que no existía un PLAN ESPECIAL DE MANEJO Y PROTECCION DEL SECTOR...tampoco PLAN DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL, MONITOREO, CONTINGENCIA Y ABANDONO...proyecto, obra o actividad, para atender la vida digna y bienes por lo que se irrogan como consecuencia de los efectos de los DAÑOS ANTIJURÍDICOS (...)*".

2.4.- SENTENCIA IMPUGNADA (fls. 627 - 630): Surtidas las ritualidades legales del trámite procesal en primera instancia, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama profirió sentencia el 12 de noviembre de 2015, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda al concluir que no se acreditó la condición en virtud de la cual comparecen al proceso los actores, es decir, no demostraron la calidad de propietarios, poseedores o terceros damnificados.

Como fundamento de su decisión, el *a quo* explicó que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que les cause a los particulares, pero que debe establecerse en cada caso si se estructuran los elementos de la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad. Para fundamentar su dicho, citó la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra, de 24 de febrero de 2005, radicado bajo el número 85001-23-31-000-1993-00074-001(14170).

Dijo que los demandantes no probaron su calidad de propietarios; razón por la cual al no haberse acreditado la condición en la que comparecen al proceso, conduce directamente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

Que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el registro en el folio de matrícula inmobiliaria de los actos de disposición de los bienes inmuebles constituye la forma de realizar la tradición; que no puede reconocerse al demandante la condición de poseedor o tercero damnificado al no ser solicitado en la demanda. En criterio del *a-quo*, lo contrario modificaría la *causa petendi* de la acción e implicaría el desconocimiento del derecho al debido proceso de la parte accionada.

2.5.- RECURSO DE APELACIÓN (fls. 643-671): Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación en el cual señaló que a pesar de que el *a quo* entendió que no se acreditó la calidad de propietarios o poseedores de los demandantes, los hechos narrados en la demanda tiene presunción de ser plasmados bajo la gravedad del juramento y de buena fe, de tal forma que debían tenerse como prueba, así como los documentos aportados por las partes, los cuales no fueron valorados para demostrar la calidad de damnificados de los actores.

Estimó que la existencia del bien inmueble afectado quedó demostrada con las escrituras aportadas y los demás documentos que acreditan la legitimación y vocación hereditaria frente a la propiedad y posesión que le asiste a los demandantes, y que tales pruebas fueron *"ignoradas y desestimadas"*.

Que las demandadas incurrieron en omisión frente al *"uso inadecuado del agua de regadío como uno de los FACTORES CONDICIONANTES y llegar a la ola invernal como FACTOR DETONANTE y, no haber EJECUTADO NINGUNA GESTIÓN APLICANDO LOS PRINCIPIOS MEDIOAMBIENTALES antes de la tragedia"*.

Afirmó que los daños padecidos por los demandantes fueron demostrados con lo anotado en el texto de la demanda, los cuales consisten en pérdida total y absoluta de los inmuebles, y por ende, la fuente de subsistencia de los actores, quienes además integran un núcleo familiar y se han visto obligados a dejar sus propiedades, congoja que se traduce en un daño moral.

Frente a las obligaciones de Corpoboyacá señaló que se presentó un fenómeno natural atraído por la fuerte época de lluvia, la ausencia de control de los sistemas de riesgo y control inadecuado del recurso hídrico en el sistema de riego que utilizaba la comunidad en general.

Al Municipio de Jericó le imputó el hecho de que incumplió sus deberes constitucionales y al Departamento de Boyacá que no actuó de forma mancomunada con los demás organismos a fin de ejecutar programas y planes que contribuyeran a superar las dificultades geológicas y ambientales de la vereda la Estancia del Municipio de Jericó.

Concluyó que el uso del suelo de que trata el artículo 334 de la Constitución Nacional, así como la Ley 388 de 1997 y las normas afines, determinan los elementos estructurales del Esquema de Ordenamiento Territorial de Jericó

y que no fueron aplicados por el ente territorial frente al uso irracional del agua para regadío.

Finalmente, solicitó se revoque la sentencia apelada, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

2.6.- Trámite surtido en la segunda instancia: Una vez concedido en la primera instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 676), esta Corporación dispuso su admisión, y ordenó notificar personalmente dicha decisión al Agente del Ministerio Público (fl. 683); seguidamente, se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esa providencia (fl. 690), término dentro del cual las partes se pronunciaron como sigue:

- **La parte actora:** Reiteró que era carga de la parte demandada demostrar que cumplieron con las funciones que la ley les impone; que no puede aceptarse la forma como fueron negadas las pretensiones de la demanda, debido a que existen pruebas en el expediente recaudadas oportunamente que demuestran los hechos y los daños antijurídico cuya indemnización pretenden los actores.

Citó pronunciamientos del Consejo de Estado y transcribió in extenso una sentencia de esta Corporación en la que se accedió a las pretensiones de la demanda en un caso de similares contornos.

Concluyó que *“los demás fundamentos, argumentos, elementos probatorios para demostrar los HECHOS, LOS DAÑOS Y NEXO DE CAUSALIDAD, para revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, se encuentran a plenitud demostrados en el referido proceso como en efecto han de verificarse en segunda instancia, pues, los integrantes de la PARTE DEMANDADA, han demostrado que todo lo que han realizado lo hicieron posterior a los hechos trágicos donde los FACTORES CONDICIONANTES DE USO*

IRREGULAR E ILEGAL DEL AGUA EN CANALES ABIERTOS TÁCITAMENTE AUTORIZADOS SIN CONTROL, CAPACITACIÓN, PREVENCIÓN, PRECAUTELACIÓN, MANEJO, CONTROL, COMPENSACIÓN O MITIGACIÓN, EL AGUA DE TALES CANALES SE PROFUNDIZÓ SIENDO EL FACTOR CONDICIONANTE AUNADO A LA SATURACIÓN DE AGUAS LLUVIAS COMO FACTOR DETONANTE PROVOCÓ EL DESLIZAMIENTO EN MASA...DECLARADA ZONA DE ALTÍSIMO RIESGO...AHORA ESTÁN PERMITIENDO QUE SE REINSTALEN LOS HABITANTES SOBRE ESA ZONA AÚN EN MOVIMIENTO Y DESLIZAMIENTO, PERO QUE, ESTÁN AVALANDO QUE OTRA TRAGEDIA DE MAYORES PROPORCIONES OCURRA." (Fls. 695 - 708).

- El **Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** señaló que no tuvo participación alguna en los hechos u omisiones alegados por la parte actora; que para que se pueda declarar la responsabilidad de los demandados deben darse todos sus elementos y, para que un daño sea indemnizable debe existir certeza, conocimiento seguro y claro de la circunstancia de su ocurrencia, soportada en el acervo probatorio, lo cual, consideró, no ocurrió en el sub lite, como quiera que no se demostró el menoscabo patrimonial de los actores (fls. 718 - 719).

- El **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** indicó que se encuentra de acuerdo con la decisión adoptada en primera instancia en razón a que el demandante, en efecto, no acreditó la condición en virtud de la cual comparece al proceso.

Agregó que no es un ente ejecutor, sino rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, mientras que no ejecuta sus propias políticas en asuntos como el *sub examine*, lo cual le corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las entidades territoriales.

Frente a la Atención y Prevención de Desastres señaló que "*para la fecha de ocurrencia de los hechos la norma que regía era el Decreto 919 de 1989 en su artículo 2, designa las entidades integrantes del Sistema*

Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, que como se puede establecer no menciona al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por la sencilla razón que éste es creado sólo hasta el 27 de septiembre de 2011” (Fls. 711 – 723).

- La **Corporación Autónoma Regional de Boyacá** sostuvo que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no guarda relación con la decisión adoptada por el *a quo*, puesto que en la alzada no se hizo alusión a la condición en virtud de la cual comparece la parte demandante, sino que se limitó a aducir hechos nuevos que no fueron enunciados en la demanda y que tampoco fueron probados en el proceso.

Arguyó que al invocarse una falla del servicio de la Administración por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, se hace indispensable determinar cuáles fueron los deberes que fueron infringidos, de acuerdo con las normas que rigen la materia específica invocada; que el daño antijurídico alegado no se demostró con el material probatorio obrante en el expediente.

Transcribió apartes del concepto técnico elaborado por el Ingeniero Geólogo Héctor Antonio Fonseca Peralta, Director de la Escuela de Ingeniería Geológica de la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Colombia – UPTC, de los cuales concluyó que el nivel de lluvias presentado en la época, aunado a la topografía y geología de la zona del deslizamiento, dan cuenta del desastre natural que consistió en un movimiento de tierra o deslizamiento de la masa, y que no tuvo su origen en la vereda La Estancia.

Que el informe elaborado por la UPTC no da cuenta de que los demandantes hayan resultado afectados en su patrimonio, con ocasión de los hechos ocurridos en abril de 2011, sino que brinda argumentos generales frente al hecho de la naturaleza.

De igual forma, se refirió al Concepto NO. RH-0330/11 emitido por el Técnico Operativo Forestal de la Subdirección de Recursos Naturales de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, Reinaldo Rincón Arias, quien luego de la visita realizada a la Vereda la Estancia del Municipio de Jericó los días 21 y 22 de junio de 2011, del cual concluyó que existe un fenómeno natural que no permite que las aguas se infiltren hasta su último destino y por saturación el desplazamiento de la masa de tierra.

En cuanto al sistema de riego a canal abierto que implementó la comunidad, explicó que *“se ve incrementado por precipitaciones con mayor intensidad en la zona, fenómeno de la niña y la topografía abrupta con pendientes elevadas que agilizan los procesos de desestabilización de la zona, de la misma no puede inferirse automáticamente que ésta sea una circunstancia adicional a la natural que allí se presentó, no sólo por cuanto no existe prueba allegada al proceso que dé cuenta de las afectaciones al recurso suelo que dicha actividad ocasionaba en la zona con anterioridad al hecho mismo de remoción en masa ocurrido en la Vereda Tintoba, sino además porque, como se afirma en la primera parte del Concepto, no cabe duda que el deslizamiento comenzó ladera arriba y que finalizó en la vereda La Estancia”*

Indicó que los testimonios no fueron claros, puesto que no precisaron la ubicación del inmueble afectado, ni hicieron un relato pormenorizado tendiente a demostrar el daño, sino que se limitaron a manifestar que la destrucción del bien fue total.

Que de las pruebas técnicas obrantes en el expediente se extrae que el deslizamiento de tierra comenzó con ocasión de las intensas lluvias desde la parte alta del terreno, que además involucró otros sectores además de “La Estancia”; que se trató de un fenómeno irresistible en cuanto a su magnitud y la capacidad de respuesta de las autoridades frente al mismo, así como la atención de sus consecuencias.

Frente a la condición de propietarios de los demandantes, señaló que para acreditar el derecho de propiedad sobre un inmueble debían allegar el título, esto es, la escritura pública de compraventa, y además demostrar que el negocio jurídico quedó perfeccionado a través de la tradición. Que los actores alegaron ser poseedores del inmueble, y que por tanto debían acreditar su posesión material, lo cual no fue probado en el proceso (fls. 724 – 742).

El señor Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

III. CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con fundamento en lo dispuesto en el art. 153 de la Ley 1437 de 2011¹, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2.- Determinación del Problema Jurídico:

En esta oportunidad la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia. De esta forma deberá establecerse: i) si se acreditaron los presupuestos de responsabilidad del Estado para obtener reparación de los perjuicios materiales y morales invocados por los actores; ii) si los demandantes tienen derechos y acciones sobre el predio denominado "La Cuadra" ubicado en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó; iii) si el juez

¹ Artículo 153. *Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.* Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

de primera instancia incurrió en una vía de hecho al no valorar las pruebas que se encontraban en el proceso, tal como lo alega el apelante.

3.3. De los presupuestos para reclamar reparación al Estado por daños causados a bienes de propiedad privada como consecuencia de la falla en el servicio por omisión.

El derecho a la propiedad privada y el ejercicio libre y tranquilo de sus atributos se erige como una base inalterable del estado moderno, de forma tal, que su titular esté facultado para usar, gozar y disponer del bien sin más limitaciones que las que establezcan la ley, el derecho ajeno y el interés público, tal como lo disponen los artículos 58 de la Constitución Política y 669 del Código Civil.

En este contexto, el Estado a través de las autoridades públicas, tiene el deber constitucional de respetar y proteger el derecho real de dominio sobre toda clase de bienes. Hay lugar al surgimiento de responsabilidad cuando el derecho a la propiedad resulte afectado o mermado como consecuencia de una omisión por parte de un agente estatal, en el cumplimiento de sus funciones.

El Consejo de Estado ha considerado como regla general, que el título de imputación de responsabilidad del Estado en estos eventos, es el de falla en el servicio. Así lo precisó la Subsección C de la Sección Tercera con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente con radicación No. 73001233100019990053901 (22464), en sentencia de 1º de febrero de 2012:

*"La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que², en casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del **Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las***

² Sección Tercera, marzo 8 de 2007, expediente No. 27.434.

funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente". (Resaltado fuera de texto).

En asuntos como el *sub lite*, en los que el origen de la causa o el daño deviene como consecuencia de la presunta omisión de las autoridades respecto de sus deberes de prevención y cuidado en materia ambiental³ y de desastres, ha considerado la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo⁴ que se puede configurar una responsabilidad del Estado

³ El artículo 80 de la Constitución, introduce una competencia de planificación en cabeza del Estado que asegure un aprovechamiento adecuado del ambiente y prescribe una cláusula de responsabilidad civil ambiental por los daños antijurídicos que se originen, así: **El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.**

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero, el 20 de febrero de 2014, radicado número: 41-001-23-31-000-2000-02956-01 (29028) Actor: Luis Eli Medina Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional Naturaleza: Acción de reparación directa. "(...) el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad

por daños ambientales puros o impuros. El primero, se materializa por un perjuicio al patrimonio ambiental de la humanidad; y el segundo, se concreta en un daño patrimonial o extrapatrimonial de una persona o de varias, como consecuencia o reflejo de la lesión ambiental. En aquél – daño ambiental puro-, no es necesario probar la afectación de un interés particular y concreto, en tanto derecho colectivo, mientras que en éste – daño ambiental impuro- es indispensable para la prosperidad de la acción acreditar la lesión en el derecho de carácter subjetivo e individual.

Así las cosas, y en este contexto, cuando el daño está relacionado de forma directa con un bien inmueble, previo a determinar si la entidad estatal era competente para realizar la obligación, es imprescindible probar la lesión al derecho real de dominio que sufre su titular sin que tenga el deber jurídico de soportarla; ello por cuanto, sólo quien ostente las calidades de propietario o poseedor, está legitimado para reclamar la indemnización.

3.4. De la carga de la prueba.

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital. Si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está

de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano²²; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos (...)

a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

En el inciso final del artículo 103 del CPACA, que regula el objeto y principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresamente se estableció que *"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"*

Esto indica, que la reforma introducida en esta Jurisdicción con la Ley 1437 de 2011, se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, es decir, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a éste, se encuentra obligada a suministrar la prueba, aunque conservando elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia. En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decrete de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico⁵.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la carga de la prueba, señaló en sentencia de 10 de junio de 2009, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08983-01, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, lo siguiente:

"La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que,

⁵ "Régimen Probatorio, nulidades, incidentes e impedimentos". Álvaro Namén Vargas. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. Secretario Técnico de la Comisión de reforma. Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos". (...)

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. (...)

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento."

En decisión más reciente, la Subsección B de esta misma Sección del Consejo de Estado, en sentencia de 30 de junio de 2011, siendo ponente el Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, dentro del expediente No. 19001-23-31-000-1997-04001-01, precisó:

"12. Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus probandi, incumbit actori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C4. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C..."

La misma Corporación, en sentencia proferida el 4 de junio de 2010, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. ° 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), dijo:

"(...) El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la remisión que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa al de Procedimiento Civil, es el artículo 177 de este último Estatuto, (...)

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: "incumbit probatio qui dicit non qui negat". Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de

hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses.

Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el *thema probandum* del proceso es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandada.(...)

Así las cosas, en el presente caso la parte actora tenía la carga de acreditar, en primer término, el daño que le fue irrogado; a tal efecto, teniendo en cuenta que el accionante invocó la condición de propietario del predio que se vio afectado por la irrupción de las aguas debido a la alegada omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas, debía demostrar tal calidad de la manera que lo exige el ordenamiento jurídico, vale decir, tomando en consideración que la propiedad o la realización de cualquier negocio jurídico que afecte un derecho real respecto de un bien inmueble solamente puede probarse con la acreditación tanto del título (contrato o el que haga sus veces, en el presente caso, la resolución administrativa que dio lugar a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria aportado con la demanda y referido en apartado precedente) como del modo (tradicción tabular) del cual se deriva la calidad de propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera; las normas que expresamente establecen una tarifa legal de prueba en esta materia —artículos 43 y 44 del Decreto-ley 1250 de 1970— excluyen la posibilidad de que las anteriores circunstancias puedan acreditarse mediante la sola aportación de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o la del sólo certificado de registro(...)" (resalta la Sala)

3.5. De la prueba del derecho real de dominio y de la posesión en bienes inmuebles

El artículo 756 del Código Civil establece que la tradición de los bienes raíces se efectúa mediante la inscripción del título en la Oficina de

Instrumentos Públicos, al tiempo que conviene recordar que en el derecho colombiano el dominio de las cosas inmuebles se adquiere a través de título y modo, de tal forma que el título corresponde a la escritura pública contentiva del negocio jurídico la cual es fuente de obligaciones, y, el modo de adquirir se realiza mediante la inscripción de dicha escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos⁶.

En relación con la forma de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble en los procesos adelantados ante Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de mayo de 2014, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, señaló:

*"La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la forma en que debe acreditarse el derecho de dominio en los procesos judiciales que adelanta esta Jurisdicción, para efectos de probar la legitimación en la causa por activa, ha dicho que resulta indispensable el aporte al expediente de los medios probatorios a través de los cuales se demuestre la existencia del título y el modo, documentos necesarios, según el ordenamiento, para la adquisición del mencionado derecho real. (...) si se quiere transferir la propiedad de un bien inmueble y el título lo constituye un contrato de compraventa, dicho acuerdo, de conformidad con los artículos 1857 y 749 del C.C., no se reputa perfecto ante la ley, mientras no se otorgue escritura pública para esos efectos. De igual forma, según el artículo 756 del C.C., cuando el modo para transferir el dominio de un bien inmueble lo constituya la tradición, ésta se realizará necesariamente a través de la inscripción del título en la Oficina de Registros Públicos.(...) dado que el título, tratándose de la venta de un bien inmueble, lo constituye la escritura pública correspondiente y la presencia de este requisito resulta indispensable para probar el dominio sobre ese bien, el propietario que alegue esa condición en un juicio, necesariamente, **debe aportar la referida escritura pública y el certificado de inscripción de dicho título en la Oficina de Registros Públicos.**"*
(Resaltado fuera de texto)

⁶ Decreto 1250 de 1970: "Artículo 22°. El proceso de registro de un título o documento, se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado esta, y deberá cumplirse dentro del término de tres días hábiles. [...] Artículo 43°. Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro. [...] Artículo 44°. Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél."

En síntesis, para acreditar el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, el interesado deberá allegar el título, es decir, la escritura pública de compraventa y, además, probar que el negocio jurídico quedó perfeccionado a través de la tradición, conforme a las leyes que rigen el asunto (modo). Como el artículo 755 del Código Civil, establece que ésta se efectuará por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, el documento idóneo es el Certificado de Libertad y Tradición del bien inmueble.

Ahora bien, si el demandante pretende la indemnización en calidad de poseedor del bien inmueble ocupado por el Estado, o aquél que por su acción u omisión resultó afectado, para probar su condición deben concurrir en el debate probatorio dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero atiende al poder físico o material que tiene el poseedor sobre la cosa, es decir el corpus; y el segundo, al animus, que exige que aquél tenga el ánimo de señor y dueño, y se comporte como tal.

Entonces, quien pretenda demostrar que ejerce la posesión material sobre un bien, sea en su propio nombre o en el de un tercero poseedor, deberá acreditar, mediante prueba idónea, los dos elementos constitutivos de ella, a saber: i) el corpus, es decir la manifestación externa o el conjunto de actos materiales que se realizan en virtud de la posesión, a partir de los cuales se revela una relación material, directa o indirecta, entre una persona y una cosa; y ii) el animus, esto es, que los actos materiales se realicen con la voluntad de considerarse como titular del derecho, con el ánimo de señor y dueño, es decir, sin reconocer dominio ajeno. Dicho esto, la Sala verificará si los demandantes acreditaron los elementos integradores del derecho de posesión que afirmaron tener sobre el inmueble objeto del litigio.⁷

3.6. Caso en concreto

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de octubre de 2014. Exp. 25000232600020020034301 (33767) C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Los señores LUIS RAMIRO PELAYO DÍAZ, NOHEMY CARRILLO RICO, LUIS ANDREY PELAYO CARRILLO (representado por sus padres) y MARÍA TERESA DÍAZ VELANDIA, a través de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa con el fin de que se declare la responsabilidad del Estado por el desastre ocurrido el día 29 de abril de 2011 en la Vereda La Estancia del Municipio de Jericó.

Revisadas las pruebas del proceso, relacionadas con el derecho real de dominio o de posesión del demandante, obran los siguientes documentos:

- Registro Civil de Defunción del señor Luis Alfredo Pelayo Eslava, donde consta que falleció el 20 de agosto de 2007 (fl. 17).
- Registro Civil de Nacimiento del señor Luis Ramiro Pelayo Díaz, donde figuran como padre y madre, el señor Luis Pelayo y la señora Teresa Díaz (fl. 18).
- Registro Civil de Nacimiento de Luis Andrey Pelayo Carrillo, se establece que es hijo de Nohemy Carrillo Rico y Luis Ramiro Pelayo Díaz (fl. 19).
- Escritura Pública N° 21 de la Notaría Única del Círculo de Chita de 9 de abril de 1973, en virtud de la cual, la señora María Teresa Díaz Velandia de Pelayo y el señor Luis Alfredo Pelayo Eslava, compraron *"el derecho de dominio, posesión y propiedad, que la exponente vendedora tiene y posee en el predio Catastral No. 00-0-003.372, denominado "LA CUADRA", anteriormente "GRANADILLO", ubicado en la Vereda La Estancia, en jurisdicción de Jericó (Byc.)"* (fls. 20-23).
- Copia de Factura de Impuesto Predial y Unificado y Complementarios, expedido por el Tesorero del Municipio de Jericó, correspondiente al año 2011, en el que figura como propietario del predio denominado "La Cuadra" el señor Luis Alfredo Pelayo Eslava".

En la audiencia de pruebas realizada el día 20 de octubre de 2015, se practicaron dos (2) testimonios así:

- Cristian Enrique Téllez Carrillo, entre los minutos 00:10:11 y 00:30:19 del registro magnético que obra a folio 547 del expediente. De forma general, se refirió al desastre natural ocurrido el 29 de septiembre de 2011 y los perjuicios sufridos por los demandantes. Su testimonio fue tachado por la apoderada del Municipio de Jericó, en razón a que manifestó que en los años 2009 y 2010 laboró en la finca de los demandantes, recolectando alfalfa (minuto 27:56 del DVD)
- Raúl Antonio Torres Torres, entre los minutos 30:52 y 59:35 de CD que obra a folio 547 de expediente. El testimonio rendido fue de carácter técnico en su condición de Ingeniero Geólogo.

3.7. De la tacha del testigo

El Municipio de Jericó, a través de su apoderada judicial, tachó el testimonio rendido por el señor Cristian Enrique Téllez Carrillo, por considerar que está afectado al haber tenido una relación laboral con los demandantes (minuto 27:56 y ss. CD fl. 547).

Lo primero que dirá la Sala, es que se echa de menos el análisis que debió hacer el *a-quo* en la sentencia sobre la imparcialidad del testigo, según lo prescribe el artículo 211 del CGP. Lo segundo, hace referencia a que, no se encuentran circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por las razones que pasan a exponerse.

El objeto de los testimonios era tener claridad sobre la forma como ocurrieron los hechos y acreditar los daños sufridos por los demandantes como consecuencia del desastre ocurrido el 29 de abril de 2011 en la vereda La Estancia del Municipio de Jericó y las preguntas se basaron en

las circunstancias personales del demandante, esto es, el lugar de su residencia, las razones por las cuales residía allí, cómo tuvo conocimiento de los hechos y sobre su ocupación. Frente a este último aspecto, se limitó a informar que colabora en distintas fincas de la Vereda La Estancia, recolectando alfalfa para su empaque y posterior distribución, por lo que para los años 2009 y 2010 realizó esta labor a favor del señor Luis Ramiro Pelayo.

Atendiendo que el testimonio es un medio de prueba que consiste en la *"declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, **sobre lo que sabe** respecto a un hecho de cualquier naturaleza (...)"*⁸ -resaltado fuera de texto-, las personas que tuvieron conocimiento directo del desastre natural y quienes pueden dar fe sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo, son los vecinos del área afectada.

Actualmente el testigo no tiene una relación laboral con los demandantes, así como tampoco es clara la actividad por la cual fue remunerado fuera permanente, de tal forma que no se observa una dependencia del señor Cristian Enrique Téllez Carrillo frente a los actores. Adicionalmente, se trata de un vecino del sector, quien tiene la facilidad de ilustrar en el proceso sobre la forma como ocurrieron los hechos, sin que ello implique que obtendrá un beneficio en caso de que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, no prospera la tacha sobre la imparcialidad del testigo.

Procede entonces la Sala a analizar las pruebas en su conjunto para determinar si el demandante acreditó un derecho real de dominio o⁹ posesión sobre el bien inmueble denominado "La Cuadra" identificado con número catastral 00-0-003.372, según se extrae de la Escritura Pública

⁸ Devis E., Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Segunda Edición. Pág. 33.*

⁹ Entiéndase la "o" con un carácter aisyuntiva. Son figuras jurídicas diferentes la posesión y la propiedad.

No. 21 de 9 de abril de 1973 de la Notaría Única del Círculo de Chita (fls. 20 – 23).

De las pruebas documentales deviene claro, que los demandantes **no acreditaron ser titulares del derecho real de dominio** respecto del mencionado predio, puesto que no obra folio de matrícula inmobiliaria, así como tampoco obra prueba de que la referida escritura se hubiera registrado.

Ahora, en la demanda no se mencionó la calidad en la cual comparecen los demandantes, es decir, únicamente alegaron ser damnificados por los hechos ocurridos el 29 de abril de 2011 en la vereda La Estancia del Municipio de Jericó, por la afectación del inmueble denominado "La Cuadra", de tal manera, que, una vez verificado que no demostraron la calidad de propietarios, se revisará si ejercían el derecho de posesión.

En este estado de las cosas, es imprescindible destacar que, en tanto, la posesión material, es una situación de hecho que exige relación física con el inmueble, **las pruebas deben dirigirse a acreditarla de forma diáfana**. Entonces, si se presenta la demanda en calidad de poseedor, la mínima carga procesal que le asiste a la parte activa, es probar esta condición, de forma que el juez no tenga duda sobre la estructuración de sus elementos configurativos, esto es el corpus y el animus.

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia proferida el 20 de marzo de 2014, con ponencia de la doctora Margarita Cabello Blanco, en el expediente radicado con número 05045 3103 001 2007 00120 01, expuso:

"(...)Frente a la materialidad de los actos posesorios su necesidad de prueba es incontrovertible, máxime cuando con aquella, en este caso por la ruta de un medio exceptivo, se pretende enervar la acción de dominio promovida por la parte actora a partir de una agregación posesional.(...)"

Al respecto, no huelga memorar —además que sobre el tópico las decisiones de instancia aludieron al tema— que es esa y no otra la razón fundamental para que haya desaparecido de nuestro derecho la denominada posesión tabular, como de antiguo lo expresó esta Corte al advertir: "La llamada posesión inscrita no es posesión. Un uso indiscriminado de la palabra "posesión" vino a colocar aquélla al lado de la material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Lo mismo sucedió en España, según Jerónimo González y Martínez ("Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", 1948. Tomo 2, página 65), con motivo de la ley hipotecaria de 1861, la que, siguiendo el modelo del Código Civil austríaco, introdujo una posesión tabular o inscrita, incompatible con la material, la cual quedó eliminada. Nada más erróneo que hacer de la llamada "inscrita" una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro; porque es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad, y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella y no las inscripciones en los libros de Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas". (Resaltado fuera de texto). (Cas. Civ. sentencia de 27 de abril de 1955, G. J. t. LXXX, N° 2153, p. 87)." (Negrilla fuera de texto original)

De las pruebas documentales obrantes en el proceso, ninguna aporta elementos de juicio suficientes, que permitan afirmar con toda convicción sobre la posesión material de los demandantes sobre el bien inmueble frente al cual se reputan damnificados.

Las pruebas testimoniales no fueron suficientes, pues como se dijo en un acápite anterior, se basaron en el desastre natural ocurrido el día 29 de abril de 2011 y los daños materiales y morales que sufrió el señor Luis Ramiro Pelayo, **pero no si éste, o alguno de los demandantes, era poseedor.**

A pesar que en el testimonio del señor Cristian Enrique Téllez Carrillo se hizo referencia a unos predios en la Vereda La Estancia en el que el señor Luis Ramiro Pelayo ejercía actividades de agricultura, tampoco precisó sus linderos o identificación inmobiliaria, de forma tal, que no hubiese duda sobre el bien de que se trata.

Sobre el particular, dirá la Sala que el testimonio debe ser completo, es decir, resulta necesario que aborde de forma clara, precisa y cabal el hecho que narra. Así, si se trata de acreditar la posesión sobre un inmueble, como ocurre en este caso, debe por lo menos identificar su ubicación y linderos, los actos materiales que el poseedor realiza sobre el mismo y la forma como exterioriza su ánimo de señor y dueño.

Además, teniendo en cuenta que se trata del único testimonio respecto de la posesión, exige una valoración más rigurosa y contraste frente a otros medios de convicción, habida cuenta que con éste no se llegó a la conclusión clara sobre la posesión y, por consiguiente, la actividad probatoria fue insuficiente y no permitió obtener un conocimiento sobre la calidad de poseedor del demandante.

Como se ha expuesto en esta providencia, la prueba de la posesión requiere una conducta especial de quien se quiere aprovechar de la protección especial que el ordenamiento jurídico le otorga. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado¹⁰:

"...Encuentra la Sala que el actor no demostró su condición de poseedor respecto del predio que dice le fue ocupado permanentemente por la Nación. (...)

3. *En la demanda se afirmó que el predio que dice poseer el demandante está identificado. Igualmente este hecho tampoco se demostró y por lo tanto falta la prueba necesaria para determinar el lugar de realización de los actos materiales de posesión. En relación con el hecho a probar - lugar de la posesión - reposan los siguientes medios de prueba: (...)*

4. *En la demanda también se aludió a las Escrituras públicas suscritas por el actor con terceros, en las cuales constan los contratos de compra venta de los derechos de posesión sobre mejoras, construcciones y dominio sobre el predio San Agustín ubicado en la vereda la Cajita (jurisdicción de Melgar, departamento del Tolima), sin embargo tales medios de prueba sólo dan fe de la celebración de esos negocios jurídicos, pero no de la calidad de poseedor de los mismos por parte del demandante, ni del lugar que*

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejera Ponente: Doctora MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, sentencia de 10 de julio de 2003, expediente: 73001-23-31-000-1993-9918-01(11163), Actor: Antonio María Tamayo Ortiz, Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional.

se indican en dichas escrituras, porque la posesión requiere de la prueba de la materialidad, no es cosa de documentos; esas escrituras son las siguientes y asentadas en las siguientes fechas: (...)

"...La posesión comporta dos dimensiones en la relación jurídica, una física u objetiva¹¹ (aprehensión material de la cosa) potestad de hecho sobre la cosa, y una subjetiva o animus¹² que denota la intención o voluntad especial que debe tener el que ha aprendido la cosa de mantenerla en su poder, obrando de manera semejante al propietario, y con el carácter de señor y dueño de la cosa. [...] Teniendo en cuenta la doble dimensión del hecho jurídico de la posesión, la física de aprehensión material de la cosa y la subjetiva de voluntad o intención de mantenerla en su poder, **en principio la prueba de la posesión estará dada por la demostración del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, unido a la afirmación de que se está poseyendo para sí** (presunción contenida en el art. 762 Código Civil)." (negrilla y subraya no originales).

Conforme a lo anterior, los aspectos subjetivos y objetivos de la posesión deben quedar suficientemente acreditados, lo cual no ocurrió en el *sub lite* donde, a más de las manifestaciones de la parte actora, según las cuales, deben tenerse como prueba los hechos narrados en la demanda, lo cierto es que en el proceso nada acredita la posesión del inmueble presuntamente afectado con el desastre natural.

De todo cuanto se ha expuesto, es claro que por vía jurisprudencial se exige como requisito *sine qua non* para la indemnización por daños a bienes, que se acredite la condición jurídica del demandante respecto a ellos, ora como poseedor o propietario, exigencias que no son ajenas al caso como el que convoca el presente estudio.

Elementos como el de la legitimación material por activa, que es condición necesaria y anterior (presupuesto) para el éxito de la pretensión, como también atributo del principio indemnizatorio, debía estar plenamente acreditado, mucho más, si para ese fin la ley exige solemnidades

¹¹ Esta relación es conocida como *corpus*, y es uno de los elementos esenciales de la posesión, junto con el *animus*, según la corriente doctrinaria imperante en Colombia, que es la subjetivista, la cual postula que la posesión es un hecho que goza de la protección del Estado por la existencia del *animus*. Por lo tanto la sola detentación material de la cosa no configuraría la posesión como tal, la aprehensión es un acto en hecho. Por lo anterior el *animus* es el elemento diferenciador de la posesión con otras instituciones. Existen otras teorías como la objetiva, que supone que el *corpus* supone el *animus*, y que los dos elementos firman un todo inseparable.

¹² Este elemento de carácter subjetivo aparece claramente consagrado en el código civil al decir "con el ánimo de señor y dueño."

especiales (propiedad) y la jurisprudencia, en el caso de la posesión, especificidades determinadas, sin que para remediar un defecto probatorio, achacable sin duda a la actora, sea procedente echar mano de la buena fe para establecer el interés del demandante.

A juicio de la Sala, carece de todo sustento jurídico el cargo formulado por el impugnante demandante en el sentido que "ei *a quo* entendió que no se acreditó la calidad de propietarios o poseedores de los demandantes..." y muy por el contrario, lo expuesto precedentemente demuestra que le asiste razón al juez de primera instancia al negar las pretensiones de la demanda con fundamento en tal argumento.

Bajo este panorama y en vista de que los actores no acreditaron el interés para demandar derivado de su condición de propietarios o poseedores del Inmueble denominado 'La Cuadra', ubicado en la vereda La Estancia del Municipio de Jericó con número catastral **00-0-003-372**, no se satisface el requisito de la legitimación material en la causa por activa y en consecuencia, es forzoso confirmar la sentencia en tanto negó las pretensiones de la demanda.

3.8. De la vía de hecho por defecto procedimental

En la alzada la parte actora afirmó que habían sido aportadas las pruebas que dan cuenta de la calidad en que comparecen los demandantes, pero que fueron "ignoradas o desestimadas" por la Jueza de Primera Instancia, lo que equivale a afirmar que se presentó una vía de hecho por defecto procedimental, concepto que ha sido perfilado por la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial que se refiere a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. En términos generales, ha establecido que en estos eventos, sólo es posible acceder al mecanismo de protección constitucional cuando el juez incurre en una vía de hecho por un defecto sustantivo, orgánico, fáctico y/o procedimental.

El defecto procedimental, que es el que interesa a la Sala para el presente estudio, tiene lugar cuando en desarrollo de la actividad judicial, el funcionario se aparta de manera evidente y grotesca de las normas de procedimiento o en los eventos de exceso ritual manifiesto que redunden en la efectividad de los medios de protección judicial y en la vigencia de los derechos fundamentales.¹³

De igual manera, se ha considerado que es posible que el Juez pueda incurrir en exceso ritual manifiesto si realiza una valoración probatoria al margen del sistema de la razón, las reglas de la experiencia y la sana crítica.¹⁴

En el sub examine, no le asiste razón a la parte apelante al indicar que se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental, en tanto, en su criterio, en el plenario, obran todas las pruebas que permiten derivar una responsabilidad civil extracontractual en contra del Estado por el daño antijurídico causado en su calidad de propietario de un inmueble por el desastre natural ocurrido en la vereda La Estancia del Municipio de Jericó el 29 de abril de 2011 y en consecuencia, surge su derecho a la reparación integral.

Si bien el desastre natural fue reconocido en el plenario, no es menos cierto que los actores obviaron su obligación de probar ser titulares del derecho de dominio o poseedores del bien respecto del cual pretendían los perjuicios, lo que a la postre, impidió la prosperidad de su súplica.

Así las cosas, de ninguna manera puede considerarse que se incurre en una vía de hecho cuando por un yerro atribuible a la parte misma, a su apoderado, no se pudo estructurar la responsabilidad del Estado.

¹³ Así por ejemplo, se configura un defecto procedimental cuando se deriva de una omisión por parte de la Sala a raíz de la cual la parte puede arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión, no obstante, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produce una consecuencia tangible (por ejemplo por que el afectado tuvo oportunidad de conocer el auto por otros medios), no cabe acudir a la tutela. Véase entre otras las sentencias T-418 de 1994, SU-478 de 1997 y T-654 de 1998.

¹⁴ Así lo explicó la Corte Constitucional en Sentencia T-654 de 17 de septiembre de 2005, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa.

Como corolario de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia recurrida, por las razones que se expusieron en precedencia.

3.9.- De la condena en Costas:

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., y como quiera que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 218 – 219), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (fls. 221 – 223) y la Corporación Autónoma Regional de Boyacá – CORPOBOYACÁ (fls. 221 – 242) actuaron en esta instancia, en vista de que el recurso se despachó desfavorablemente, la Sala condenará en costas a la parte actora y fijará agencias en derecho en favor de las referidas entidades.

Igualmente, conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia "*Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.*" Así las cosas, la Sala considera prudente tasar las agencias en derecho en la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Estas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho, a cargo del apelante, y a favor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Corporación Autónoma Regional de Boyacá – CORPOBOYACÁ, dividida en partes iguales, la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los Magistrados



FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO



FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

REGIONAL ADMINISTRATIVO DE COYACUA
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 220 de ley 15 DIC 2016

EL REGISTERO