

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, marzo veintidós (22) de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Reparación Directa

Demandante: **Ernesto Salguero**

Demandado: Municipio de Macanal

Expediente: 15001-33-33-010-2015-00049-02

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **26 de mayo de 2017**, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó** las pretensiones de la demanda presentada por Edgar Salguero contra el Municipio de Macanal.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 1 a 4 c.1):

En ejercicio de la acción de reparación directa, el señor **Ernesto Salguero** a través de apoderado judicial, solicitó que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al Municipio de Macanal, por los daños antijurídicos de orden material y subjetivo que, a su juicio, fueron causados por la falla del servicio que condujo a la destrucción de un cultivo de su propiedad.

Las pretensiones se formularon así:

- Se paguen los perjuicios de orden material y subjetivo en cuantía de 130 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.
- Que la condena sea actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del fallo.
- Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

La situación fáctica que respalda el petitum es la siguiente:

- *El señor Ernesto Salguero inició un cultivo de lulo en el año 2011, en el cual se sembraron 1800 matas. Se encontraba ubicado en la Vereda Quebrada Negra del Municipio de Macanal.*
- *El Municipio de Macanal realizó obras de adecuación y mantenimiento a un acueducto veredal ubicado en la Vereda Quebrada Negra.*
- *En el punto de captación de agua del acueducto, se encontraban instaladas unas mangueras con las cuales se surtía el agua al cultivo de lulo de propiedad del actor.*
- *El contratista encargado de realizar las obras de adecuación y mantenimiento arbitrariamente cortó las mangueras que surtían el agua al cultivo de lulo y suspendió su riego.*
- *Para el mes de diciembre de 2012, fecha en la cual se suspendió el riego del cultivo de lulo, se presentaba un intenso verano en el Municipio de Macanal.*
- *El cultivo de lulo se secó por falta de agua, toda vez que el único lugar del que se podía surtir agua para el riego del cultivo era el punto en el que se cortó las mangueras.*
- *El señor Salguero perdió la inversión que había realizado para el establecimiento del cultivo de lulo y, por consiguiente, dejó de percibir las utilidades que la cosecha le habrían generado.*
- *El actor inició un proceso policivo en contra del contratista del Municipio de Macanal para que le fuera restablecido el servicio de agua para su cultivo.*
- *Por medio de fallo policivo, confirmado en segunda instancia, se determinó que, en efecto, el contratista del Municipio de Macanal, sin que mediara autorización o consulta del actor, suspendió el servicio de agua. En el fallo se ordenó restablecer el servicio de agua “pero ya fue muy tarde porque para la época del fallo el cultivo se encontraba totalmente perdido” (f. 2)*
- *Durante el trámite del proceso policivo, el actor solicitó al Municipio de Macanal toda la documentación relacionada con el contrato de obra para adecuación y mantenimiento del acueducto; sin embargo, la entidad territorial no le exigió ningún tipo de garantía al contratista para el desarrollo de la obra.*
- *El Municipio de Macanal pagó el total del valor del contrato sin que se hubiera terminado la obra, ya que con las pruebas practicadas en el proceso policivo se demuestra que la obra se entregó después de haberse liquidado el contrato.*

Sostuvo que se configuró la falla del servicio y, por ende, la obligación de indemnizar, en tanto:

- El hecho generador de la falla en el servicio se configuró con la suspensión arbitraria del servicio de agua al cultivo de propiedad del demandante lo que causó su pérdida.
- El daño cierto que se concentra en la destrucción del cultivo.
- La relación de causalidad entre el daño y la falla, comoquiera que la actitud del municipio demandado fue la causa eficiente del daño sufrido.

1.2. Contestación de la demanda (f. 99-111 c.1)

El Municipio de Macanal, a través de apoderada judicial, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Consideró que no se acreditó ninguno de los hechos de la demanda que demuestren el presunto perjuicio sufrido por el actor, máxime si se tiene en cuenta que, ilegalmente, obtenía el agua de una quebrada sin tener el permiso o la concesión de aguas dada por la autoridad ambiental.

Indicó que los hechos descritos en el libelo introductorio del medio de control, son especulaciones que faltan a la verdad y carecen de soporte probatorio, en especial, la acreditación concreta de cuál fue la conducta de la administración que generó el daño, así como la demostración de la calidad de damnificado a causa de una conducta concreta de un servidor público. Resaltó que tampoco existe prueba que permita cuantificar el presunto perjuicio y su nexo de causalidad con el actuar del municipio.

Sostuvo que, obra la certificación expedida por la Tesorería Municipal que da cuenta que el demandante no tiene ningún bien inmueble de su propiedad en dicha jurisdicción, además que, respecto al contrato de arrendamiento no puede tenerse como material probatorio, toda vez que se trata de un contrato cuya vigencia era de 1 de enero de 2009 y no se evidencia que haya sido prorrogado.

Afirmó que no es cierto que el Municipio de Macanal haya realizado obras de un acueducto veredal, toda vez que estos son administrados directamente por las juntas veredales y sus propios usuarios que son particulares, “de hecho está probado

por el demandante, de que existió un proceso policivo por perturbación a una servidumbre contra el señor CARLOS JOAQUÍN CANO RUIZ, en cuyo trámite no se vinculó en calidad de contratista o servidor público, sino como particular" (f. 103)

Que, no existe nexo causal entre los presuntos perjuicios, en tanto fue un hecho notorio que en 2012 existió una fuerte ola invernal, no como lo sostuvo el actor que se trató de una época de sequía; que la presunta pérdida de las mangueras se debió a las fuerzas de la naturaleza por las grandes precipitaciones que arrasaron los cultivos y con posterioridad generaron enfermedades que los dañaron.

Alegó como excepciones: existencia del nexo causal; falta de legitimación en la causa por pasiva y activa; fuerza mayor por hechos de la naturaleza y caducidad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de **26 de mayo de 2017**, negó las pretensiones de la demanda (f. 230 y ss.).*

Contra el problema jurídico a establecer si es procedente declarar al Municipio de Macanal responsable de los perjuicios ocasionados al demandante por la arbitraria suspensión del servicio de agua, que tenía direccionado hacia un cultivo de su propiedad, mientras se desarrollaba una obra pública de adecuación de un acueducto veredal.

Luego de pronunciarse sobre la prueba trasladada del proceso policivo adelantado por el actor, indicó que la Constitución Política de 1991 estableció una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Precisó que el demandante atribuyó el daño a la suspensión arbitraria del servicio de agua a su cultivo, situación que tuvo ocurrencia en el desarrollo de una obra pública dirigida a la adecuación del acueducto, contratada por la entidad demandada y desarrollada por el señor Carlos Joaquín Cano Ruiz.

Sostuvo que, a pesar de que la parte demandante consideró que el régimen aplicable era el de falla del servicio, el título de imputación procedente es el de riesgo excepcional. Citó la sentencia proferida el 7 de junio de 2007 por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo

Gómez, número interno 16089 y concluyó que si en desarrollo de trabajos públicos, la administración por medio de un contratista causa un daño antijurídico, está obligada a responder, sin que pueda exonerarse demostrando una actuación prudente o diligente. Adicionalmente, argumentó:

“De manera mas reciente el Consejo de Estado viene discriminando la utilización del régimen a partir de la consideración de la calidad del sujeto titular del bien jurídico lesionado, precisando que si es un tercero ajeno a la obra tiene lugar en el régimen objetivo por riesgo excepcional o daño especial y si es un ejecutor o contratista debe aplicarse el sistema subjetivo con falla probada, no obstante como en el caso que se revisa el señor SALGUERO, es claramente un tercero, ninguna duda ofrece que el régimen aplicable es el objetivo.” (f. 255)

De otra parte, se analizó el concepto y naturaleza de daño antijurídico, para ello, citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de junio de 2016, radicación 36550 y la sentencia de 27 de febrero de 2013, radicación 24920 y adujo que la antijuridicidad se erige como un elemento calificador y legitimador del daño, de manera que únicamente pueden ser pasibles de reparación las lesiones causadas a bienes jurídicos abrigados por el derecho, es decir, que sean lícitos pues, no todas las situaciones se encuentran contrarias al derecho no hacen parte de la categoría del daño antijurídico. Transcribió apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 12 de junio de 2014 con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero en el proceso con número interno 31185.

Al descender al caso concreto, precisó que el daño corresponde a la suspensión arbitraria del servicio de agua y el perjuicio a la pérdida del cultivo de lulo de propiedad del actor, dada la imposibilidad de abastecerlo con aquel recurso. Al respecto, aseveró:

- En la demanda se indicó que el señor Ernesto Salguero derivaba el agua de un punto de captación en la quebrada “Quebrada Negra” ubicada en la zona rural del Municipio de Macanal, la cual, según la documental del proceso policivo, estaba conectada con una manguera en la parte de arriba y de abajo de la bocatoma.
- Que en el proceso policivo se encontró demostrada la perturbación de la situación de la captación.
- Que la utilización de aguas de uso público es reglada e impone la obtención de una concesión por parte de la autoridad competente para su captación y utilización. Citó los artículos 53 y 64 del Decreto 2811 de 1974.

- Que, respecto de las aguas de dominio público, el uso está reservado para satisfacer necesidades elementales propias y de su familia y animales, siempre que no se utilicen derivaciones, maquinaria o alteración de la corriente. El uso distinto exige una concesión que es condicionada a la disponibilidad del recurso y la necesidad que imponga el objeto para el cual se destine.
- Que en el Decreto 1541 de 1978 se establecieron las actividades para las cuales se necesita obtener concesión de aguas, entre ellas, riego y silvicultura.
- Que, en materia de aprovechamiento y utilización de recursos naturales, la mayoría de la regulación analizada ha sido incorporada en el Decreto 1076 de 2015, siendo la normatividad vigente.

Indicó que en el sub lite se solicitó a Corpochivor información relacionada con la existencia de la mentada concesión para captar agua de la "Quebrada Negra", que reportó que el demandante no estaba registrado como solicitante ni titular de permiso de concesión de aguas.

Por lo anterior, adujo que la captación de agua no está abrigada por el derecho, toda vez que no se tramitó ni obtuvo la concesión ambiental para su uso; "Dicho de otra manera, **ni el demandante ni su arrendador tenían derecho de captación, aprovechamiento y uso de aguas de dominio público** como las que fluyen por la fuente hídrica ya mencionada, erigiéndose por tanto en una **conducta prohibida por la ley**, (...)" (f. 263) y, por tanto, no resulta indemnizable, comoquiera que los beneficios que obtenía del aprovechamiento de dicha fuente, provenían de una actividad ilegal. A continuación, concluyó:

"La ilegitimidad de la condición jurídica del actor respecto del servicio, no es digna de protección porque no se obtuvo conforme a las regulaciones jurídicas vigentes, por manera, que si materialmente la ejecución de la obra de adecuación del acueducto veredal impactó de forma negativa la conexión del punto de captación, no existía a cargo del ente territorial demandado la obligación de respetar esta derivación y es más, no tendría porque siquiera, conocer la existencia de la misma, amén de la ausencia de su registro." (f. 263 c.2)

Manifestó que la protección que en su momento pudo dispensar la autoridad de policía para restablecer el statu quo, no tiene fuerza de cosa juzgada ni puede constituirse en un aval para el desarrollo de conductas realizadas al margen de la ley, sino que se trata de un proceso que tiene por finalidad volver las cosas al estado anterior a la perturbación, "para que sea la autoridad jurisdiccional quien

resuelva de manera definitiva sobre el derecho en disputa.” (f. 265). Trajo en cita la sentencia T-048 de 1995 proferida por la Corte Constitucional.

Finalmente, se pronunció sobre los testimonios rendidos y concluyó que la situación de suspensión del servicio no estaba suficientemente probada, comoquiera que era posible que la interrupción en el suministro ilegal hubiera sido obra del invierno o efecto directo del arrastre de la quebrada. “Debe tenerse presente igualmente que además de la instalación de la manguera para derivar el agua, es defectuosa la prueba respecto de la preexistencia del sistema de riego en el cultivo, ya que ni el perito ni el señor JAIME LIBARDO CANO dieron cuenta de aquella.” (f. 267)

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda, se abstuvo de condenar en costas y ordenó poner en conocimiento de la Corporación Autónoma de Chivor la situación evidenciada en el sub lite en relación con la fuente hídrica Quebrada Negra o Zanjón, sobre las derivaciones o captaciones sin concesión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora presentó recurso de alzada en los siguientes términos (f. 272 y ss.):

- Citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 27 de junio de 2012, número interno 24399 y sostuvo que según el artículo 90 Constitucional, el Estado está obligado a la reparación de los daños sufridos por los particulares por la acción u omisión de una entidad pública pero que dicha obligación desaparece cuando el interés afectado es lícito pero existe una norma, regla o principio en el ordenamiento jurídico que autoriza su detrimento sin la concurrencia de la indemnización; cuando se afecta un interés que es lícito pero el detrimento no representa una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que se mantiene en los parámetros tolerables y cuando el interés o bien menoscabado es ilícito o ilegítimo.
- Lo que reclama el demandante es que se le indemnice por los perjuicios ocasionados a su cultivo de lulo donde se determina que la actividad realizada por el demandante es la agricultura y el bien afectado es un cultivo de lulo de su propiedad, “en el cual había realizado una inversión significativa y del que tenía una expectativa de ingresos la cual se vio truncada con ocasión del accionar de la administración” (f. 273)

- Que, conforme lo establece el artículo 120 del Decreto 2811 de 1974, el Municipio debía contar con la concesión de aguas para realizar las obras que contrató y además que debió informar a la entidad competente de las obras que realizaría y aportar los estudios y planos correspondientes.

Solicitó que, en aplicación del artículo 213 del CPACA se solicite a Corpochivor si para la época de los hechos (diciembre de 2012), el Municipio de Macanal contaba con concesión de aguas y permiso para realizar las obras de captación para el acueducto de la Vereda Quebrada Negra, sector El Palmar en el Municipio de Macanal.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el proveído que admitió el recurso de apelación (fls. 286 c.2), sin que se hubiese presentado solicitud alguna, se ordenó correr traslado a las partes (fl. 291 c.2), por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del C.C.A. No obstante, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de **26 de mayo de 2017**, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del proceso de la referencia.

5.1. Asunto previo - decreto de pruebas en segunda instancia:

En el sub-lite, el demandante, en el escrito contentivo del **recurso de apelación** solicitó como prueba que se oficiara a Corpochivor para que informara si, para la época de los hechos -diciembre de 2012-, el Municipio de Macanal contaba con concesión de aguas y permiso para realizar las obras de captación para el acueducto de la Vereda Quebrada Negra, sector El Palmar (f. 275 c.2)

El artículo 212 del CPACA, establece que cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas en segunda instancia **en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso**, y podrán ser decretadas **únicamente** en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

El legislador al establecer de forma clara las oportunidades procesales para solicitar, decretar y practicar las pruebas, reconoció su importancia como el instrumento para la realización del derecho sustancial en el marco del debido proceso¹ y la seguridad jurídica², y como garantía de certeza sobre el momento en el cual ocurre la preclusión de las actuaciones que pueden ser controvertidas.

La prueba como medio de convicción se rige por el principio de **auto responsabilidad**, contemplado en el artículo 167 del CGP³, en virtud del cual, a las

¹ Artículo 29 de la Constitución Política.

² La Corte Constitucional, ha considerado que el principio de la seguridad jurídica ostenta un rango constitucional, derivado de su preámbulo y de los artículos 1, 2, 4 y 6. Sobre el particular, ver entre otras: Sentencia C-250 de 2012 con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto

³ **Artículo 167.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

partes les corresponde acreditar los hechos alegados. De suerte que, su carga –la de la prueba– “se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...”⁴.

Entonces, los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, tienen el deber de solicitar las pruebas en los términos y las oportunidades establecidas en la ley, so pena que el juzgador, no las pueda valorar en el momento de proferir sentencia.

Ello, es consecuencia directa de la **preclusión de los actos procesales**, que implica la clausura definitiva de las actividades que legalmente se pueden llevar a cabo en cada etapa. De esta forma, se realizan los derechos a la igualdad, contradicción, y se otorga certeza sobre el momento en que se consolida una situación jurídica⁵.

Sobre los medios de convicción alegados en una etapa diferente a la establecida en el estatuto procesal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, en sentencia proferida dentro del proceso número 68001-23-15-000-1999-00921-01(31318), promovido por Maricela Barajas Mayorga y otros contra el Municipio de Floridablanca y otro, el 12 de febrero de 2015, sostuvo:

“Respecto de casos similares, la Sala ha considerado:

“(…) Como se observa, los aludidos documentos fueron aportados después de agotarse la etapa procesal prevista para el efecto, supuesto bajo el cual los referidos documentos no pueden ser objeto de apreciación judicial, de conformidad con el principio de preclusión que inspira los actos procesales”⁶

⁷ (Se destaca).

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, 22 de julio de 2009. Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). Actor: ALBERTO VERGARA MELLADO. Demandado: MUNICIPIO DE VALENCIA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL.

⁵ La Corte Constitucional, en sentencia T-213 de 2008, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, abordó el estudio sobre las normas procesales y se refirió al principio de preclusión procesal.

⁶ **Artículo 118 C. de P. C.-. Perentoriedad de los términos y etapas procesales.** Los términos y oportunidades señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y auxiliares de la justicia, son perentorios e improporrogables, salvo disposición en contrario. (Subrayas fuera del texto).

Artículo 184 C. de P. C.-. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º num. 90. Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión. Si se han dejado de practicar sin culpa de las partes que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará a petición de aquella, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término

También ha expresado la Sala:

*“Por otra parte y frente a la solicitud elevada por la parte actora en cuanto a que se revoque fallo apeado en el sentido de que se tenga como demandantes a los señores Zoraida Esther Alvarado Manuel, Alma Samper, Lisbeth Cecilia Cuéllar López, Álvaro Apolinar Alvarado Cuéllar, Juan Carlos Alvarado Narváez y Thalía Alvarado Narváez, la Sala considera importante precisar que si bien con el recurso de apelación se allegaron unos registros civiles de nacimiento y el poder para actuar de dichas personas, **lo cierto es que tales documentos no pueden acogerse en esta instancia por cuanto, el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia se rige por lo previsto en el artículo 214 del C.C.A., por consiguiente tanto sólo en la medida en que el medio de prueba se ajuste a alguno de los supuestos contemplados en dicha disposición, como a aquellos presupuestos generales y especiales según el medio probatorio correspondiente, podrá accederse a su decreto en esta instancia;** (...)”*

De conformidad con lo anterior, la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia con fundamento en el artículo 214 del C.C.A., se circumscribe exclusivamente a aquellos eventos en los cuales no hubiere sido posible su incorporación al proceso por circunstancias ajenas a la actuación o culpa de la parte interesada, ora porque decretadas en primera instancia se hubieren dejado de practicar sin culpa de quien las solicitó o porque versen sobre hechos nuevos ocurridos con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, lo cual impide, por obvias razones, que hubieren sido aportadas o pedidas en esa oportunidad o, tratándose de prueba documental, no hubieren podido aducirse en la instancia anterior por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.
(...)

A lo anterior se añade que el aporte de dichos documentos además de ser extemporáneo y de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 214 del C.C.A., tuvieron como objeto suplir su propia negligencia en el sentido de que no se acreditó la legitimación en la causa por activa respecto de algunos de los actores y, por lo tanto, se pretende ahora, vía recurso de apelación, demostrarla⁸ (Se destaca).

Las anteriores consideraciones resultan predicables respecto de este caso, pues los documentos aportados de manera extemporánea por la parte demandante, como ya se dijo, ya existían para la fecha de presentación de la demanda y, por elemental razón, para el día en que venció el término para pedir pruebas en sede de primera instancia; tampoco fueron decretados como pruebas en el auto de fecha 24 de mayo de 2002 (fl. 41 c 1); a través de la documentación allegada no se pretende demostrar hechos nuevos, acaecidos después de la oportunidad procesal para pedir pruebas, pues se reitera que se trata de información que ya existía para la fecha de interposición de la demanda; es más, los documentos existían incluso antes de la ocurrencia del hecho dañoso, dado que fueron producidos en los años 1992, 1994, 1996 y 1997. De igual forma, la parte actora no adujo motivo

probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda.
Sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 17.120; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 27.369, acumulado con el exp. 27.037.

alguno de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria que le hubiere imposibilitado allegar tales documentos en forma oportuna.

(...)

En línea con lo expuesto, la Subsección ha sostenido:

“Pues bien, como lo ha considerado la Sección Tercera de la Corporación, la finalidad del recurso de apelación consiste precisamente en que el superior revise o examine los argumentos que le sirvieron de fundamento al juez de primera instancia para proferir la decisión que ahora se pretende revocar por vía de ese medio de impugnación y, claro está, las pruebas que tuvo a su disposición en primera instancia para efectos de adoptar su decisión; el margen del recurso de alzada se circunscribe al examen de los motivos en los cuales el operador judicial a-quo fundó su providencia, con base en la comunidad probatoria que pertenecía al expediente al momento en el cual se adoptó la providencia materia de impugnación, porque una concepción en sentido distinto supone, sin dubitación alguna, la creación de etapas no previstas por el legislador para estos juicios y, de forma consecencial, la alteración de las condiciones fácticas y jurídicas que el operador judicial a quo debió examinar y valorar al momento de proferir su decisión.”

De allí, pues, que aunque el legislador previó la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia dentro del trámite de la apelación de sentencias, lo cierto es que también determinó, de manera muy precisa y restringida, los eventos en los cuales ello puede accederse por parte del ad quem (art. 214 C.C.A. y art. 361 C. P.C.) y dentro de un término muy reducido, cuya inobservancia acarrea la preclusión de la oportunidad para tal solicitud probatoria (dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación frente a la respectiva sentencia), aspecto éste que en lo que concierne al documento aportado el 3 de mayo de 2005, está llamado a predicarse dado que su aporte fue abiertamente extemporáneo, amén de que dicho escrito fue denegado como prueba en segunda instancia y esa decisión no fue controvertida.

Y es que si el juez de segunda instancia llegase, al momento de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia, a valorar las pruebas aportadas por la parte recurrente con el recurso de apelación, el escenario probatorio sería distinto a aquel que encontró en su momento el Tribunal de primera instancia, porque sencillamente en el expediente obrarían otros medios probatorios mediante los cuales se trata, en sede del recurso de apelación, de controvertir la decisión impugnada, tal como lo pretende hacer en este caso la parte recurrente.

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisamente al modificar la tesis que de otrora se venía sosteniendo en punto a la posibilidad de valorar nuevos documentos allegados con el recurso de apelación para desvirtuar así la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo a quo, consideró que

“De acuerdo con lo dicho, surge la siguiente pregunta: ¿si se examina la prueba aportada en la segunda instancia por el ejecutante, se resolverá en sentido estricto el recurso de apelación dentro del contexto en que el Tribunal profirió el auto materia de alzada? La respuesta es sencilla: ¡NO! Y así lo es, porque como se dijo anteriormente, la finalidad del recurso de apelación consiste en que el superior determine si la decisión del a-quo se ajustó a derecho, ejercicio éste para cuyo propósito debe examinar los motivos de disenso expuestos por el recurrente, los cuales deben

coincidir con el contexto fáctico y jurídico que revelaba el expediente en el momento en que se dictó la providencia.

En consecuencia, si el recurso de apelación se resuelve analizando pruebas que no obraban en el expediente y cuya existencia, por obvias razones, desconocía el Tribunal, sería tanto como no resolver el recurso de apelación, de una parte, porque se decide frente a una situación respecto de la cual el Tribunal no se ha pronunciado, esto es, las pruebas que se aportaron en segunda instancia y, de otra, se estaría pretermitiendo la instancia, en el entendido de que quedaría en la incertidumbre lo que habría podido decidir el Tribunal en caso de que tales documentos hubieran hecho parte del acervo probatorio...

Como se observa, el aporte y valoración de nuevas pruebas en segunda instancia, en estos casos específicos, conduce y puede conducir a la violación del debido proceso, en el entendido que se estaría modificando, con la inclusión de etapas no previstas por el legislador, el procedimiento ejecutivo. La misma conducta puede resultar violatoria del derecho de defensa, dado que se estaría facilitando, sin razón que lo justifique y en contra del ejecutado, el deber que tiene el ejecutante de demostrar con su demanda la existencia de la obligación que pretende reclamar por vía ejecutiva, todo ello sin la concurrencia del ejecutado⁹”¹⁰ (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).” (Resaltado fuera de texto original).

Como quedó expuesto, la única oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia es durante el **término de ejecutoria del auto que admite el recurso**. Este plazo es imperativo y debe ser observado por las partes so pena que su solicitud no sea despachada de forma favorable o que la prueba no sea valorada.

Comoquiera que en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación –oportunidad procesal para pedir pruebas en segunda instancia–, el demandante guardó silencio, la petición realizada en el recurso de alzada fue **extemporánea**.

Ya se ha dicho que las partes “soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad de las partes: de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (...), sufren las consecuencias.”¹¹

⁹ Providencia de enero 24 de 2007, exp. 29.390. Actor: Sociedad Profesionales Asociados Ltda., reiterada en proveído de 3 de diciembre de 2008; exp. 35.331.

¹⁰ Sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 26.114; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Jairo Parra Quijano. Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado. Decimocuarta edición, 2011. Librería Ediciones del Profesional LTDA. pág. 5-6.

En estas condiciones fue inoportuno el pedido probatorio y adicionalmente, cuando se continuó el proceso, corriendo traslado para alegar la parte interesada guardó silencio al punto que ni siquiera intervino para descorrer este traslado de manera que, al quedar en firme tal decisión, procede proferir sentencia de fondo.

5.2. De la concesión de aguas por parte del Municipio de Macanal:

La parte demandante **en su recurso de apelación** indicó que “el Municipio debía contar con la concesión de aguas para realizar las obras que contrató y además que debió informar a la entidad competente en este caso a COORPOCHIVOR -sic-, que obras realizaría, los estudios y planos correspondientes, situación que no se realizó y que agrava más la responsabilidad de la demandada” (f. 275)

La causa petendi o causa de pedir es el conjunto de **hechos esenciales** para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda. De allí emana el deber de congruencia de la sentencia, es decir, la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], lo cual implica que se **respete el componente fáctico** argumentado al juez para su decisión. La causa de pedir hace referencia al principio que origina el pretendido derecho o «el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso»¹²

A su turno, el recurso de apelación tiene como objeto la revisión de la sentencia de primera instancia para que sea revocada o modificada; sin embargo, no es oportunidad para invocar aspectos ajenos al debate iniciado con la demanda y analizado en la sentencia, comoquiera que la impetración de nuevos elementos fácticos o jurídicos diferentes a los establecidos en el libelo introductorio, quebranta el deber de lealtad de las partes y desnaturaliza el objeto mismo de la alzada.

En este caso, la parte demandante – recurrente – introduce en la apelación un elemento fáctico extraño a la demanda formulada, consistente en que la parte demandada sería responsable del daño, por cuanto no contaba con la autorización ni concesión de aguas para realizar las obras que contrató, situación que a su juicio agrava la responsabilidad de la entidad demandada.

¹² (CSJSC 139, 24 Jul. 2001; CSJSC, 5 Jul. 2005, rad. 1999-01493; CSJSC, 18 Dic. 2009, rad. 2005-00058-01).

Sin embargo, cuando se examina la causa petendi, no se encuentra que en **ninguno de los hechos** se haya señalado que el Municipio de Macanal no contaba con la concesión para el manejo de aguas, simplemente se limitó a indicar en el hecho 2º que “El Municipio de Macanal realizó obras de adecuación y mantenimiento a un acueducto veredal ubicado en la vereda Quebrada Negra” (f. 1) y en el hecho 11 que “El Municipio de Macanal NO le exigió ningún tipo de garantía al Contratista para la realización de esta obra” (f. 2).

Como esto es así, no puede la Sala variar los hechos que fueron el marco de la demanda, para analizar la solicitud del recurrente, pues de aceptarse, se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la supuesta omisión de realizar los trámites de concesión de aguas ante la autoridad competente, esto es, Corpochivor.

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 8 de febrero de 2018¹³, al analizar los argumentos del recurso de apelación, sostuvo:

“Como se ve, en la demanda se alegó como proferidos sin competencia los Decretos 2276 de 2001, 013 y 1844 de 2002, mientras que en el recurso de apelación se plantea como nuevo cargo la falta de competencia en la expedición del Decreto 1679 de 2001 fundamentada en el artículo 83 del Código de Régimen Político y Municipal, por lo que al ser un cargo nuevo planteado en la apelación, no puede ser objeto de estudio.

Este cargo también es un cargo nuevo planteado en el recurso de apelación, que no fue incorporado en la demanda y por tanto tampoco puede ser objeto de estudio en esta instancia, por cuanto de hacerse se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la parte demandada.” -Negrilla fuera de texto-

Y en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por la Sección Primera de esa Corporación, en el proceso con radicación 13001-23-31-000-2001-02023-01 y ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés (E), se indicó:

“No obstante, es menester destacar que en los procesos ordinarios el recurso de apelación tiene límites, pues debe guardar correspondencia con el petitum de la demanda, los fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan, los argumentos de oposición a la misma y las consideraciones que sirven de sustento al a quo para fundamentar su sentencia. No de otra forma se respetan los derechos al debido proceso, a la igualdad procesal y la garantía de la doble instancia.

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, sentencia proferida con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 15001-23-31-000-2002-03011-01.

Justamente, acerca de los límites del juez en segunda instancia, esta Corporación, en sentencia de 5 de julio de 2007 (M.P. Jaime Moreno García.) precisó que: “... en el recurso de apelación... la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.”¹⁴

Igualmente, esta Sección, en sentencia de 28 de febrero de 2008 (M.P. Martha Sofía Sanz Tobón) dijo “al tenor de lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y que el marco que limita al fallador en la segunda instancia es la sentencia y el recurso”¹⁵.

Asimismo, en sentencia de 20 de mayo de 2010 (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila) también se manifestó: “...los motivos de inconformidad planteados mediante el recurso de apelación deben guardar correspondencia con el fallo recurrido, esto es, con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia que determinaron una decisión total o parcialmente adversa a los intereses de quien apela”.

Más recientemente, en sentencia de 26 de julio de 2012 (M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez) la Sección Cuarta de la Corporación expresó que el recurso de apelación “...pretende... provocar la revisión de la providencia que cuestiona por parte del superior funcional de quien la profirió, para que, según su ponderado análisis y juicio jurídico, la revoque, modifique o, si lo encuentra pertinente, la confirme. La especialidad y exclusividad de este objeto, unido al principio de congruencia de la sentencia, sugiere plena unidad temática y consecuente entre el petitum de la demanda, las razones fácticas y jurídicas que lo fundamentan, los argumentos de oposición a las mismas, la sentencia que examinó y proveyó sobre éstos y aquéllas, y los cuestionamientos de la apelación, conforme al parámetro fijado por el ya referido artículo 350.”.

La anterior argumentación guarda correspondencia con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T - 516 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), frente a los límites de la competencia del juez de segunda instancia. En ella se lee:

“...la competencia del superior jerárquico... no debe ser entendida únicamente en términos de economía procesal, sino que se encuentra limitada por el respeto al derecho fundamental del debido proceso, por la garantía de la doble instancia, y el derecho a la igualdad procesal... en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, **cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo**”. (Se resalta)

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 5 de julio de 2007. Rad.: 97082005, Actora: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. Jaime Moreno García.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad.: 25000231500020060226201, Actor: Josue Martínez, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón

*En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos, debe la Sala despachar desfavorablemente el presente cargo, pues advierte que la falta de aplicación del artículo 20 del Decreto 2295 de 1996, por indebida tasación del monto que debe pagarse por incumplir el régimen del tránsito aduanero, **no se adujo en el libelo de la demanda** para controvertir la legalidad de los actos acusados, ni en las contestaciones de la misma, ni en la sentencia de primera instancia. **Estudiar éste cargo implicaría, entonces, violentar el derecho al debido proceso, la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal de la parte demandada.**" -Negrilla fuera de texto y subrayas de original-*

En conclusión, en parte alguna la situación fáctica de la demanda afirma que el Municipio de Macanal no contaba con la autorización para hacer uso del agua proveniente de la quebrada ni que había omitido informar las obras realizadas a Corpochivor y tampoco se citó el artículo 120 del Decreto 2811 de 1974.

En estas condiciones, tal como fueron relatados los hechos, no cabe a los mismos el análisis de la falta de autorización o de concesión del Municipio de Macanal, como lo plantea el recurrente, ni siquiera en desarrollo de la autonomía con la que cuenta el juzgador de segunda instancia, máxime porque aquel no es el problema jurídico que ahora se debate.

5.3. De los elementos de responsabilidad del Estado:

La responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual estableció dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha entendido:

"...porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

"La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión"¹⁶

¹⁶ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a **la existencia del daño**, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento, Como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷.

En efecto, se ha señalado que "... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, **deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como o antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...", y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado"¹⁸(Resaltado fuera de texto)

Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha asumido la anterior posición en reiteradas ocasiones¹⁹, en la cual se ha puntualizado, entre otros aspectos, lo siguiente:

*"De manera tal que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño **que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio**, razón por la cual se reputa indemnizable"*²⁰.(Resaltado fuera de texto)

El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas o nexo causal.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en que, en ésta, se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración.

¹⁷ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

¹⁸ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

²⁰ Sentencia C-533 de 1996.

5.4. Del título de imputación aplicable:

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", en sentencia proferida el 25 de abril de 2012 en el proceso con radicación 25000-23-26-000-1997-03713-01 (22708) y ponencia de la Consejera Doctora Olga Melida Valle de la Hoz, indicó que, cuando se discute un daño con ocasión de la actividad de terceros que son contratados para la ejecución de una obra, debe analizarse el caso bajo el título de imputación de daño especial, sin perjuicio que pueda ser analizado como falla en el servicio. En efecto, sostuvo:

"En estos casos es claro que la responsabilidad por los daños presentados con ocasión de la actividad de dichos terceros que son contratados para la ejecución de una obra a través de la cual se va a prestar un servicio público, deberá ser asumida directamente por el Estado, ya que esto equivale a que la administración la ejecutara directamente, esto es, que debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con ocasión de los referidos trabajos.

Así lo ha dicho esta Corporación:

*"La Sala considera pertinente precisar que existe una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado fundada en el incumplimiento de un deber de control y vigilancia respecto de un tercero que, con su actuación, le causa perjuicio a otro –cuyos elementos han sido explicados–, y aquélla que se presenta en los casos mencionados por el apoderado de la parte demandante, en los que se pretende la indemnización del daño causado por sus contratistas. En efecto, en la medida en que la función o la obra que se les encarga a éstos últimos **no deja de ser pública** y, por lo tanto, **se ejecuta por cuenta del Estado**, la jurisprudencia ha entendido que se presenta una ficción legal, que permite considerar que es éste mismo quien actúa. Esto se explica por el hecho de que la contratación de particulares para los efectos indicados obedece, generalmente, a la insuficiencia o incapacidad técnica del personal de las entidades estatales, o a la ausencia de equipo adecuado para llevar a cabo las correspondientes funciones u obras de manera directa. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, por no tener los contratistas la calidad de servidores públicos o agentes estatales, la repetición que la respectiva entidad puede intentar en su contra pueda tener fundamento en criterios de carácter objetivo –si la naturaleza del vínculo existente entre ellos lo permite– y, en todo caso, no esté sujeta a la limitación impuesta para aquéllos, referida a que su conducta pueda ser calificada de dolosa o gravemente culposa, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política"*

²¹

En cuanto al régimen de responsabilidad, vale la pena señalar que en general se aplica el régimen objetivo bajo el entendido de que en lo relacionado con obras públicas, la administración expone a un riesgo a

²¹ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, rad 12789. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

*sus asociados pero cuando de las pruebas se infiera la existencia de una falla del servicio, la Sala ha privilegiado la aplicación del régimen de falla probada del servicio por estar presentes los elementos que comprometen la responsabilidad de la Administración bajo este título de imputación.” -
Negrilla fuera de texto-*

Entonces, cuando se desarrollan actividades a cargo de una entidad pública o se desarrolla un contrato de obra, el caso objeto de análisis debe examinarse bajo el régimen objetivo de responsabilidad, específicamente, sobre el título de imputación de daño especial.

El daño especial es un título de imputación objetivo incluido en la cláusula de responsabilidad el Estado y se configura por un daño causado a un particular por el **desequilibrio de las cargas públicas** que el Estado le impone a los ciudadanos, los cuales no están en la obligación de soportar, daño que impone como requisito una **actuación legítima de la administración**. Se produce una actuación irregular del Estado cuando, pese a realizar una actividad legítima en beneficio del interés común, rompe el principio de igualdad frente a la ley y las cargas públicas, generando un daño especial²². Otro tanto sucede en asuntos en los que el Estado, en desarrollo del servicio público, coloca a los particulares o a sus bienes en un riesgo de naturaleza excepcional, dada su gravedad²³.

En el caso concreto, se encuentra probado que mediante el Formato CP-MSG 08, se firmó el Acta de Inicio del **Contrato de Obra** el 17 de diciembre de 2012 para “ADECUACIÓN ACUEDUCTO VEREDA QUEBRADA NEGRA SECTOR PALMAR MUNICIPIO DE MACANAL, Boyacá” el cual fue suscrito por Carlos Joaquín Cano Ruiz y el Ingeniero Adrián Rivera Ballesteros (f. 17).

Además, reposa acta de liquidación del mismo contrato de fecha 24 de diciembre de 2012, en la cual se dejó constancia que la ejecución del contrato se efectuó a entera satisfacción de la Alcaldía Municipal de Macanal. (f. 18)

Este caso pues, se enmarca en el título de imputación por daño especial.

5.5. Del problema jurídico y el objeto de litigio:

Los problemas jurídicos que se configuran en el caso bajo análisis son:

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6453.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 2 de febrero de 1984, exp. 2744.

¿La pérdida del cultivo de propiedad del demandante, como consecuencia de la suspensión de las mangueras que captaban el agua de la Quebrada Negra es un daño antijurídico e indemnizable?

De resultar afirmativa la respuesta al anterior interrogante, cabrá avanzar a examinar los demás elementos necesarios cuando se trata de estudiar una demanda de reparación directa, esto es el nexo de causalidad y el perjuicio.

En estos dos últimos aspectos entonces será necesario, de ser procedente, examinar si: i) Está probado en el proceso que la pérdida del cultivo de lulo de propiedad del señor Ernesto Salguero, fue consecuencia de la suspensión del agua causada por la actividad contractual ejercida por del Municipio de Macanal, a través de su contratista José Joaquín Cano Ruiz; ii) Si se encuentran demostrados los perjuicios demandados.

Se abordará entonces, en primer lugar lo relativo al daño.

5.6. El daño indemnizable debe ser antijurídico y la licitud o legitimidad del interés subjetivo menoscabado:

El Consejo de Estado ha indicado que el daño es aquel “menoscabo a todo interés que integra la esfera **del actuar lícito** de la persona a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaer -sic.- el hecho dañoso”²⁴ (Negrilla fuera de texto)

Entonces, el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acredite que i) **la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo**; ii) que sea cierto, es decir que se pueda apreciar material y jurídicamente (que no sea una conjetura) y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita.

A su turno, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que se determine que la vulneración del derecho contravenga el ordenamiento jurídico **en tanto no exista el deber de tolerarlo**. Al respecto, debe advertirse que

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia proferida el 12 de junio de 2014 con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero, radicación número 05001-23-31-000-1997-01054-01.

no constituyen elementos del daño la anormalidad ni la acreditación de una situación legítima, cosa distinta será la determinación de **si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima**²⁵.

Así, las características del daño son: i) que sea cierto, presente o futuro; ii) determinado o determinable y anormal y iii) **que se trate de una situación jurídicamente protegida**, esto es, que **no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución**.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2005, en el proceso con radicación número 41000-23-31-000-1990-05732-01 y ponencia del Consejero Doctor Alir Eduardo Hernández Enriquez, sostuvo:

“La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.” -Negrilla fuera de texto-

Y en sentencia de 6 de junio de 2012 proferida por la misma sección en el proceso con radicación 41001-23-31-000-1995-08146-01 y ponencia del Consejero Doctor Mauricio Fajardo Gómez, se explicó:

“De acuerdo con lo anterior, el daño devendrá en antijurídico, entonces, en la medida en que comporte la eliminación o la disminución de una situación de beneficio lícito que aprovechaba a la víctima, razón por la cual no constituyen daños resarcibles las afectaciones producidas respecto de posiciones jurídicas o de actividades ilegítimas —como las que encuadran en la categoría de hechos punibles—, prohibidas por el Derecho o no amparadas por éste, pues en tales eventos concierne a la víctima asumir las consecuencias desfavorables derivadas del hecho dañino si se tiene en cuenta —se reitera— que como daño antijurídico solamente cabe catalogar aquél que no debe soportar la víctima de acuerdo con el ordenamiento

²⁵ Subsección “B”, Sección Tercera, Consejo de Estado, sentencia de 25 de abril de 2012, número interno 21861, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero,

jurídico. Tal la razón por la cual resulta certero el siguiente razonamiento doctrinal, formulado con apoyo en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"De este modo, el daño antijurídico se proyecta a través de dos dimensiones importantes:

a) De un lado, consiste en la violación de un derecho o de un interés legítimo de la víctima (sea ésta individual o colectiva), derecho que puede estar consagrado en el ordenamiento interno o en el internacional aplicable en Colombia; si así no fuere, simplemente no habrá daño.

*b) De otra parte, la causa del daño puede ser ilícita o no serlo, toda vez que la causa lícita del daño no excluye, per se, la antijuridicidad de este último.
(...)*

Menester es, por consiguiente, que se haya lesionado un derecho subjetivo de la víctima o, al menos, un interés legítimo suyo²⁶ para que el daño devenga antijurídico e indemnizable²⁷. Si bien el marco conceptual es un poco distinto²⁸, en tanto se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado que tiene sus connotaciones propias, vale la pena citar, a título de ilustración, dos casos en los cuales el Consejo de Estado no encontró acreditada la antijuridicidad del daño.

El primero se refiere a la destrucción de un carro tanque que se destinaba a la venta de agua en el Departamento de la Guajira, evento en el cual el Consejo encontró que el vehículo era de nacionalidad venezolana y que el actor no había realizado los trámites necesarios para internarlo en el territorio nacional. De tal circunstancia dedujo que el daño reclamado carecía de antijuridicidad y exoneró, por consiguiente, de responsabilidad a la entidad demandada²⁹. Aunque la sentencia no lo dice, es claro que la jurisprudencia está vinculando la noción de daño antijurídico al precepto

²⁶ Nota original del texto citado: Para esclarecer el punto, el profesor Tamayo Jaramillo (op. cit.) señala que hay una serie de situaciones jurídicas "...que, sin reunir las características de los derechos reales o personales, conceden sin embargo a los individuos la facultad de disfrutar de todos aquellos beneficios que no han sido prohibidos por el orden jurídico. (...) Dentro de estas situaciones jurídicas lícitas encontramos la de la posibilidad de que los individuos puedan beneficiarse espiritualmente con la existencia de otras personas o con la ayuda gratuita que alguien les brindaba (...) En conclusión: el daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido".

²⁷ Nota original del texto citado: El profesor Tamayo Jaramillo (op. cit., pp. 8 y ss.) explica así el asunto: "...la destrucción o deterioro material de una cosa o de una situación constituye daño en sentido físico, mas no jurídico. Para que pueda hablarse de un daño en sentido jurídico civil, se requiere que esa cosa o situación estén protegidas por el orden jurídico, es decir, que sean bienes, jurídicamente hablando".

²⁸ Nota original del texto citado: En el caso del daño colectivo se permite la protección judicial frente al daño contingente, es decir la amenaza de un derecho colectivo; o, lo que es lo mismo, se admite la protección frente a un daño no cierto en el entendido de que aún no ha ocurrido.

²⁹ Nota original del texto citado: Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1º de julio de 2004, Exp. 14.565. "...Así las cosas, no cabe duda de que no está demostrado el origen lícito del beneficio perdido como consecuencia del daño cuya reparación se reclama; esto es, el carácter antijurídico del perjuicio sufrido. En efecto, no está acreditado el derecho del demandante de ingresar a Colombia y movilizar en el territorio de Maicao, el vehículo poseído, y mucho menos el de desarrollar, por medio del mismo, la actividad económica de la cual se derivaba el lucro perdido. Por esta razón, es claro que no se encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado y resulta improcedente su declaración".

constitucional del artículo 58, según el cual "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...". En efecto, solo quienes hayan adquirido sus derechos conforme a la ley son titulares también de la garantía estatal sobre los mismos y, por consiguiente, frente a su destrucción o menoscabo atribuibles a la acción u omisión del Estado podrán válidamente reclamar por su reparación. Se tratará, en estos casos, de un daño antijurídico. No ocurre lo mismo cuando el pretendido derecho que es objeto de lesión se obtiene contrariando la ley, evento en el cual la garantía estatal desaparece y el daño, de producirse, carece de antijuridicidad³⁰. -Se mantiene el resultado del original y se agrega resaltado con negrillas -

El criterio expuesto en las sentencias transcritas fue reiterado por esa Corporación el 22 de abril de 2004³¹, 27 de junio de 2012³² y 3 de agosto de 2017³³.

Entonces, para que el daño resulte indemnizable, es necesario que este afecte o se concrete en un derecho subjetivo o en un interés legítimo del cual sea titular la víctima que, valga decir, **debe estar situado dentro de la tutela y protección del Estado.**

Ahora, la lectura de las sentencias traídas en cita permite concluir que aquel daño que recaiga sobre un bien o **interés ilegítimo, ilícito o contrario a derecho**, será justo o legítimo y, en consecuencia, quien lo sufra se encuentra en el deber jurídico de soportarlo³⁴. En otras palabras, "la licitud del bien afectado (por bien se hizo referencia a interés, derecho o subjetivo o bien jurídicamente tutelado) es requisito sine qua non para que el daño tenga el carácter de antijurídico, en otros términos, el menoscabo no debe tener por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas, so pena de no poder ser resarcido, aspecto sobre el cual se volverá más adelante con mayor detalle.³⁵" - Resultado fuera de texto-

Finalmente, **por su similitud fáctica con este caso**, cabe traer a colación la sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación 73001-23-31-000-2008-00745-01 por la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Marta Nubia Velázquez Rico, dijo:

³⁰ Nota original del texto citado: Véase Hernández Enríquez, Alier y Franco Gómez, Catalina. Op. cit., pp. 35 y ss.

³¹ Proferida en el proceso con radicación 25000-23-26-000-1994-09459-01(14077) y ponencia del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³² Proferida en el proceso con radicación: 25000-23-26-000-2000-01415-01(24399) y ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón

³³ Sentencia proferida en el proceso con radicación 25000-23-26-000-2002-02078-01(33043), A y ponencia de la Consejera Marta Nubia Velázquez Rico (E)

³⁴ Subsección "C", Sección Tercera, Consejo de Estado, sentencia de 12 de junio de 2014, radicación 05001-23-31-000-1997-01054-01(31185) y ponencia del Consejero Doctor Enrique Gil Botero.

³⁵ Zannoni, E. 1982. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, p. 14.

*“Así mismo, Cortolima certificó que a nombre de los señores Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado no había alguna clase de permiso, licencia, concesión o autorización sobre el uso de las aguas del nacimiento Gummer o la quebrada La Turbina, es decir, que los aquí demandantes **se aprovechaban del recurso hídrico de la antes citada quebrada sin la respectiva licencia o, mejor, sin la concesión para la explotación de ese recurso natural.***

*También se demostró que Cortolima desde el año 2005 había evidenciado que los propietarios de los predios que se aprovisionaban de agua proveniente de la quebrada La Turbina o Gummer **lo hacían sin contar con la licencia**, pues en el documento denominado “detalle de visita” expedido el 4 de mayo de 2005 se consignó: “requerir a los propietarios de los predios que se abastecen de agua de estos nacimientos que tramiten la legalización de la utilización del agua”.*

*De conformidad con lo anterior, se concluye que, como ya se dijo, se trata de una **fuentes hídrica del Estado y su uso se encuentra sometido a un régimen especial, toda vez que su aprovechamiento, ocupación o explotación, solo se permite a través de la concesión y, en todo caso, su administración y autorización para tal uso radica en cabeza del Estado**, tal como lo prevén los artículos 155 del Decreto-ley 2811 de 1974³⁶ y 31 de la Ley 99 de 1993, según los cuales el otorgamiento de la concesión estará a cargo de la Corporación Autónoma Regional correspondiente³⁷.*

*Con fundamento en el anterior panorama normativo, esta Subsección, en un caso similar al que ahora se debate, denegó los perjuicios reclamados porque los reclamantes carecían de título habilitante, es decir, **de la concesión respectiva para beneficiarse de una fuente hídrica pública de la cual extraían agua para la irrigación de sus cultivos, los cuales se perdieron por una sequía producida en la quebrada que, se itera, constituía su fuente hídrica.***

Así lo determinó esta Sala:

“Por consiguiente, la condición de usuario de una fuente hídrica deriva del otorgamiento de la respectiva concesión por parte de la Corporación Autónoma Regional respectiva, en este caso por la C.V.C., razón por la cual quienes pretendan formar parte del grupo actor necesariamente deberán acreditar dicha calidad, mediante el acto correspondiente.

*“Lo anterior impone precisar que aquellas personas que según la propia demanda habrían usado con fines agrícolas el caudal del río Pescador <<sin ningún tipo de concesión legal>> **no podrán resultar beneficiados de la condena que aquí se establecerá, toda vez que carecen del título legal***

³⁶ “Artículo 155.- Corresponde al Gobierno:

a) Autorizar y controlar el aprovechamiento de aguas y la ocupación y explotación de los cauces;

“(…)”.

³⁷ “ARTÍCULO 31. FUNCIONES. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

“9) Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva”.

para ello³⁸ (Negrillas y subrayas del original).

Dentro de ese contexto, la Sala estima que no puede decretarse una indemnización a cargo del Estado y a favor de unas personas que, aunque sufrieron un daño, no recayó sobre un bien jurídicamente protegido, toda vez que ejercían una actividad sin la debida autorización legal.

(...)

En el caso sub examine se demostró que los hermanos Montúfar Delgado utilizaban el agua de la quebrada La Turbina o Gummer para fines agrícolas, razón por la cual para la explotación de ese recurso natural necesariamente requerían de una concesión; sin embargo, se reitera, no se acreditó en este proceso que ellos tuvieran un título habilitante para la explotación y, por tanto, no podían demandar por la pérdida del recurso natural. En ese sentido, no es procedente reconocer algún tipo de indemnización por la desaparición de la quebrada La Turbina o Gummer.” (Negrilla fuera de texto)

5.6.1. El argumento de apelación:

Expuso el recurrente, en desacuerdo con el criterio aplicado por el juez de instancia, que su actividad no era ilícita, ni estaba prohibida por la ley en tanto ella era agraria dedicada al cultivo de lulo, en consecuencia, no estaba obligada a soportar el daño causado.

En el escrito de la demanda como el recurso de apelación, la parte actora atribuye su daño (pérdida del cultivo de lulo) a la suspensión “arbitraria” del suministro de agua por parte del Municipio de Macanal a través de un contratista, es decir, que dicha situación fue la causa eficiente del daño y por ello debe ser indemnizado.

Sostiene también la demanda, al referirse a la obra realizada en la Quebrada Negra del Municipio de Macanal, que ese era el “...punto de captación de agua de las mangueras con las cuales se surtía de agua al cultivo de lulo...” (fl. 1) y que el cultivo “se secó por falta de agua ya que del único lugar del que se podía surtir para riego del cultivo era el punto en el cual el contratista del municipio de Macanal había cortado las mangueras.” (fls. 1 y 2)

*En estas condiciones, aunque el recurrente trate de ocultar la causa del daño, dirigiendo el argumento exclusivamente al daño de la actividad agrícola, es claro para esta Sala que la acción que aduce el demandante **no estaba obligado a***

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 760012331000200300834-02 (AG), M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E), reiterada por el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 34.392.

soportar era el corte del agua que tomaba de la Quebrada Negra, ello porque, el silogismo correcto no puede olvidar tal premisa, en estas condiciones, si la captación de agua era legal, entonces, no estaba obligado a soportar su desconexión y, por consecuencia, tampoco a la pérdida de su cultivo por falta de riego.

Fuerza entonces, para determinar la antijuridicidad del daño, examinar, en primer lugar lo relacionado con la legalidad de la captación del agua pues únicamente superado este análisis, se llegará a la conclusión relativa a que el demandante no estaba obligado a soportar el daño, es decir, el corte del agua que servía al riego de su cultivo.

Las disposiciones vigentes para la época de los hechos contenidas en el Decreto 2811 de 1974 "Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente" que estableció que pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos que se encuentren dentro del territorio nacional, **sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por los particulares**³⁹, así mismo, en el Título V, Capítulo I, artículo 51, previó que el derecho a usar los recursos naturales renovables puede ser adquirido por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación.

En el artículo 86 ídem, la norma fue enfática al expresar que toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público **para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales**⁴⁰, siempre que no se haga sin establecer derivaciones, ni emplear máquina o aparato, ni detener o **desviar** el curso de las aguas⁴¹.

Y, en el artículo 88 dispuso que, salvo disposiciones especiales, **solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión**, la cual se fija teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo

³⁹ Artículo 42.

⁴⁰ El artículo 32 del Decreto 1541 de 1978, estableció que "Todos los habitantes pueden utilizar las aguas de uso público mientras discurren por cauces naturales, para beber, bañarse, abreviar animales, lavar ropas cualesquiera otros objetos similares, de acuerdo con las normas sanitarias sobre la materia y con las de protección de los recursos naturales renovables."

⁴¹ Igualmente, el artículo 53 previó que "Todos los habitantes del territorio nacional sin que necesiten permiso, tienen derecho de usar gratuitamente y sin exclusividad los recursos naturales de dominio público, para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales de uso doméstico, en cuanto con ello no se violen disposiciones legales o derechos de terceros."

suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica⁴².

Lo anterior, fue reiterado por el Decreto 1548 de 28 de julio de 1978 "por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974: "De las aguas no marítimas" y parcialmente la Ley 23 de 1973" que estableció en el artículo 5º que son aguas de uso público, entre otros, "**Los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales de modo permanente o no; Las aguas que corran por cauces artificiales que hayan sido derivadas de un cauce natural; (...)**". Además, en el artículo 36 dispuso:

"Artículo 36º.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines:

- a. **Abastecimiento en los casos que requiera derivación;**
- b. **Riego y silvicultura;**
- c. (...)
- m. **Agricultura y pesca; ..."** -Resaltado fuera de texto-

Y el artículo 54 ídem indicó que las personas **naturales** o jurídicas y las entidades gubernamentales "que deseen aprovechar aguas para usos diferentes de aquellos que se ejercen por ministerio de la ley requieren concesión, para lo cual deberán dirigir una solicitud al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente,INDERENA (...)" El otorgamiento de las licencias y concesiones pasó a ser función de las Corporaciones Autónomas Regionales, con ocasión de la expedición de la Ley 99 de 1993⁴³.

A folio 247 del cuaderno 1, obra certificación expedida por la Secretaría General y Autoridad Ambiental de Corpochivor, en la cual se informó que "Revisada la Base de Datos de la Secretaría General y Autoridad Ambiental, el señor **ERNESTO SALGUERO** **NO** registra como solicitante, ni titular de Permiso de Concesión de Aguas en la Jurisdicción de la Corporación, específicamente en el Municipio de Macanal" (f. 22-4).

No queda duda a la Sala que la utilización del agua que pertenecía a la Quebrada Negra, requería una concesión que, valga decir, no se tramitó ni probó⁴⁴ por parte del demandante. Lo anterior, impone concluir que, ante el desarrollo del derecho al trabajo con promoción de la captación ilegal de aguas en la quebrada de la Vereda

⁴² Artículo 60.

⁴³ Artículo 31, numeral 9º: **Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables** o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva; (...)" -Negrilla fuera de texto-

⁴⁴ Juan Carlos Henao en su obra "El Daño", indicó que "El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización." (Pág. 39)

Quebrada Negra, no es posible que el actor tenga derecho al resarcimiento de aquel daño que ahora alega. Recuérdesse que **la violación de un deber por parte del particular no puede ser fuente de derecho a su favor y menos de responsabilidad a cargo de la administración** tal como se ha dejado expuesto en el acápite anterior, en línea jurisprudencial pacífica y reiterada.

En estas condiciones, en tanto no se ha superado el análisis consistente en que el elemento daño antijurídico, necesario para lograr la reparación de los perjuicios demandados, huelga analizar la existencia de los demás elementos, es decir, el nexo de causalidad y los perjuicios.

Ahora, no pasa por alto la Sala que aunque en el proceso policivo por perturbación de servidumbre adelantado por el demandante, la señora María Posidia Bernal Montenegro, sostuvo que dio “un permiso a los señores SALVADOR, ARISTIDES y JUAN, para que sacaran el agua de mis predios y la utilizaran en un cultivo, desde hace aproximadamente 16 años, ellos compraron manguera y la instalaron, el aljibe queda hacia abajo del corral del ganado en mis predios” (f. 154), ello no es consecuente con los hechos de la demanda, ya enunciados, ni con el restante material probatorio de donde se concluye que el agua era captada directamente de la quebrada y no de un aljibe⁴⁵.

Finalmente, si bien es cierto que mediante la Resolución No. 002 de 2 de julio de 2013⁴⁶ (f. 19-28), la Inspectora del Municipio de Macanal resolvió declarar que el querellado, Carlos Joaquín Cano Ruiz, perturbó la pacífica posesión que ejercía el demandante por más de un año en la servidumbre de agua que utilizaba de la Quebrada El Sanjón, ubicada en la Vereda de Quebrada Negra del Municipio de Macanal, decretó el statu-quo a favor del querellante de la servidumbre de agua para que quedara libre de perturbación y ordenó que el señor Cano Ruiz restableciera el servicio de agua, no lo es menos que allí no se discutió ni decidió sobre la fuente del derecho que protege al actor sino que se contrajo, exclusivamente, a preservar o restablecer **la situación de hecho** al estado

⁴⁵ <http://dle.rae.es/?id=1uJn19p>

1. m. cisterna (¶ depósito subterráneo de agua).
(...).
5. m. Col. : Ven. pozo (¶ perforación para buscar agua).

⁴⁶ La decisión fue confirmada mediante la Resolución No. 159 de 29 de julio de 2013 proferida por el Alcalde Municipal de Macanal (f. 192-198 c.1).

anterior⁴⁷. En consecuencia, tampoco podría admitirse que a través de esa decisión se legalizó el derecho de concesión de aguas en favor del demandante con fines de agricultura pues, además como ya se explicó, ello es competencia de la Corporación Autónoma y no de la autoridad policiva.

Lo anterior, impone que la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda debe ser confirmada, sin que sea necesario avanzar, por las razones que ya se explicaron, a la imputabilidad del daño o nexo causal, segundo elemento de responsabilidad.

6. Costas:

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.*
- b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía*

⁴⁷ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-048 de 1995) el amparo policivo "cubija sin distinción todas las especies de servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes e inaparentes), sin excluir aquellas que solamente pueden adquirirse por medio de un título - discontinuas y continuas inaparentes- porque la necesidad o exigencia de la protección no la constituye el virtual derecho real existente sobre el inmueble, sino su ejercicio como simple expresión material de manifestación o efecto externo; (...) Es por ello que el artículo 128 del Código de Procedimiento Civil al referirse a la circunstancia de "amparar el ejercicio de una servidumbre", no advierte nada sobre la protección del derecho real que ella eventualmente conlleva."

según sea la parte vencida el empleador, el trabajador, o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

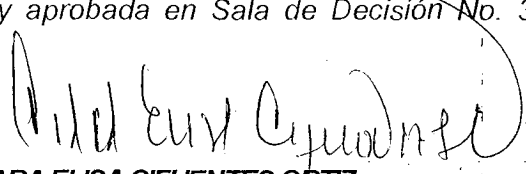
Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se encuentran expensas ni gastos y la parte demandada no intervino. En consecuencia, tampoco hay lugar a fijar agencias en derecho por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 26 de mayo de 2017 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda presentada por Ernesto Salguero contra el Municipio de Macanal.
2. **Sin costas** en esta instancia.
3. En firme esta providencia, por Secretaría envíese el expediente al Despacho Judicial de origen, previas las constancias de rigor.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión No. 3 de la fecha. Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

⁴⁸ "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso, en primera, o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificad el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Acción: Reparación Directa
Demandante: Ernesto Salguero
Demandado: Municipio de Macanal
Expediente: 15001-33-33-010-2015-00049-02