



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 4**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

Tunja, 08 OCT. 2019

<b>ACCIONANTE:</b>	<b>LUIS ALEJANDRO NIÑO SÁNCHEZ</b>
<b>ACCIONADO:</b>	<b>MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO</b>
<b>REFERENCIA:</b>	<b>152383339752201500263-01</b>
<b>ACCIÓN:</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>TEMA:</b>	<b>FALLA DEL SERVICIO – construcción de obra pública</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Los demandantes solicitaron se declare administrativa, y responsable al Municipio de Santa Rosa de Viterbo por los perjuicios ocasionados a causa de la indebida ejecución del contrato de obra pública No. 035 del 16 de julio de 2014 y falta de previsión y cuidado que condujo al detrimento material y físico del predio denominado "EL BRAZIL" de propiedad del accionante.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada, a pagar a título de indemnización por perjuicios materiales e inmateriales, estimados en \$110.000.000 o lo probado en el proceso.

**1.2. Hechos**

Como fundamentos fácticos del medio de control, el demandante enunció en resumen los siguientes:

Que el Municipio de Santa Rosa de Viterbo suscribió el contrato de obra pública No 035 de 16 de julio de 2014 con el ingeniero JULIÁN FERNANDO DÍAZ ÁLVAREZ.

Afirmo que con ocasión de dicho contrato, se causaron daños considerables de afectación del muro de contención natural en aproximadamente 80 metros, debido a la omisión de estudios previos de geología a la toma de decisiones de orden estructural y la ejecución de las obras contratadas.

Señaló que el plazo de ejecución del contrato pactado fue de 4 meses comprendido entre el 16 de julio y el 16 de noviembre de 2014, pero al parecer la obra fue suspendida ya que el personal no se encontraba en el área de trabajo, dejando zanjas abiertas y sin señalización causando afectación a la movilización de productos de la finca el Brazil.

Así mismo, que debido a la suspensión de la obra se generó una afectación a la actividad económica de los habitantes de la vereda Villanueva que en su mayoría son agricultores y ganaderos; ya que tuvieron que buscar rutas alternas para sacar sus productos debido a la inestabilidad del terreno.

De igual manera argumentó que en la ejecución del contrato se generó la remoción de masas de material que fueron apilados dentro del predio el Brazil ocasionando una ocupación de hecho; además, que se realizó una devastación de la arborización que mantiene firmeza al terreno y una sustracción de piedras que conforman la base del muro de contención, las cuales fueron construidas por la familia NIÑO SÁNCHEZ.

Resaltó que las afectaciones generadas por el indebido trato de ingeniería de terrenos donde se construye la obra se encuentran definidas en el estudio de riesgos y consecuencias del ingeniero LUIS ALFREDO CELY MORENO.

Exaltó la urgencia de las obras ante el inminente riesgo de un perjuicio irremediable producto de los deslizamientos de tierra y un peligro manifiesto a la vivienda El Brazil.

### **1.3. Fundamentos de derecho (fl. 8-10)**

Señaló el apoderado de la parte actora como fundamento jurídico los artículo 2 y 90 de la Constitución Política, 140, 162 al 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Municipio de Santa Rosa de Viterbo contestó por fuera del término la demanda, por lo que a través de providencia de 19 de enero de 2017 se resolvió tener por no contestada la demanda.

## **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante providencia de fecha 26 de junio de 2018 (fls. 288-295), resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Para adoptar tal decisión, el *a-quo* planteó que el daño alegado no se produjo accidentalmente, sino por un mal funcionamiento de la administración, y por lo tanto, que el título de imputación bajo el cual se debe definir el litigio, es el régimen de responsabilidad del Estado de falla en el servicio, en el cual se debe comprobar la existencia de tres elementos necesarios, a saber: i) daño antijurídico, ii) acción u omisión de la administración, y iii) nexo de causalidad entre este y aquella, es decir, que el resultado (daño) sea imputable al Estado.

Luego de análisis las pruebas aportadas, señaló que el daño se causó en un muro de contención natural que linda con la propiedad el Brazil, en el que se generó desprendimiento de suelo, de rocas y en la pérdida de cobertura vegetal, lo que causa la inestabilidad en el muro, pérdida de resistencia y un riesgo de deslizamiento, aproximadamente en unos 80 metros, además de la disposición de una masa de suelo en una parte de la finca del accionante.

Sobre el nexo de causalidad, el *a quo* no encontró claro si la presunta inestabilidad que alega el demandante en el muro de contención natural, tiene su origen en los trabajos realizados en la obra de construcción de la alcantarilla, o por el contrario, obedece a otro tipo de circunstancias, y por tanto no se puede imputar responsabilidad, es decir, que no está determinado que haya sido la construcción de la alcantarilla el factor determinante en el suceso del desprendimiento del terreno que conforma el muro de contención natural.

## **4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

### **4.1. Parte Demandante (fl. 305-307)**

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderada, apeló la sentencia de primera instancia.

Se argumentó en la apelación que el juzgador para concretar la configuración del daño materializado en la pérdida de estabilidad del muro de contención natural, tuvo en cuenta la prueba aportada por la parte demandante, la cual fue el informe técnico emitido por el ingeniero Luis Alfredo Cely Moreno; no obstante, no ocurre lo mismo con el otro elemento necesario para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de la falla del servicio, esto es, el nexo causal entre el daño y la obra pública realizada por el Municipio en el predio del demandante.

Refiere que le llama la atención que el juez indicara que ni el testimonio ni el estudio técnico son claros para establecer el nexo, pero se cuestiona porqué sí sirve de base para declarar la existencia del daño con total certeza.

Aseguró que el *a quo* realizó una interpretación sesgada y limitada de la prueba que sirve para determinar el daño, toda vez que debe observarse de manera integral y no de forma parcial como lo hace ver la decisión. Aunado a que las manifestaciones del profesional que rindió el informe no pueden ser apreciaciones subjetivas, porque precisamente es un concepto emitido con conocimientos técnicos sobre la materia.

Aduce que la sentencia de primera instancia, dice que no es posible establecer el nexo causal por la precariedad de las pruebas dado que solo se hizo una inspección ocular sobre la que se elaboró un informe, pero que ésta no estuvo acompañada de un estudio de suelos ni un análisis de estabilidad de taludes, lo que en efecto no fue solicitado por la parte actora, pero que pudo haberse esclarecido, acudiendo a la facultad jurisdiccional de decretar pruebas de oficio.

Así mismo, dijo que no es de recibo que el juzgador sostenga que no existe prueba donde se demuestre que se han presentado deslizamientos que amenacen la vivienda de propiedad del demandante cuando ya había reconocido la existencia del daño por la pérdida de contención del muro natural en una extensión de 80 cm.

## **5. ACTUACIÓN PROCESAL**

El recurso de alzada fue concedido en auto del 26 de julio de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito judicial de Duitama (fl. 309) y admitido por esta Corporación mediante providencia del 16 de agosto de 2018 (fl. 314). A través de auto del 13 de septiembre de 2018, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 321).

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Parte demandante (fl. 323-326)**

Reiteró los argumentos expuesto en el escrito de apelación, concluyendo que en el presente caso el señor NIÑO SÁNCHEZ sufrió un daño patrimonial, causado por una falla de la administración por su actuar negligente en el desarrollo del contrato de obra pública No 035 de 16 de julio de 2014, toda vez que por la ejecución del mismo, se causaron daños sobre el predio denominado EL BRAZIL por una afectación del muro de contención natural aproximadamente en 80 metros.

Concluyó que el señor Alejandro Niño no estaba en la obligación de soportar el daño causado por la falla del servicio en la que incurrió el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, toda vez que la administración sustrajo de manera irresponsable piedras que sustentaban la base del muro de contención; así mismo, el ingeniero constructor al remover dicho material no realizó cálculos necesarios para medir la potencialidad del riesgo exponiendo la estabilidad del terreno, incluso la seguridad de la vivienda, lo cual llevó al daño del predio el Brazil.

### **6.2. Municipio de Santa Rosa de Viterbo (fl. 327-331)**

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por no existir fundamentos que puedan comprometer algún tipo de responsabilidad imputable al municipio, toda vez que el demandante ubicó la causa del daño en la ejecución del contrato de obra, pero nunca señaló en qué consistió la falla del servicio, ya que no acreditó el incumplimiento o deficiente cumplimiento de los deberes normativos a cargo del Municipio de Santa Rosa de Viterbo.

### **6.3. Ministerio Público**

Guardó Silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si: *¿En el presente caso fue probado que el daño hubiera sido ocasionado por una acción u omisión de la entidad demandada?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

*La Sala confirmará la sentencia apelada en razón a que los elementos probatorios obrantes en el plenario no dan cuenta del daño y por tanto, no es posible establecer la responsabilidad extracontractual del Municipio de Santa Rosa de Viterbo.*

## 3. CASO CONCRETO

### 3.1. Material probatorio

Del expediente es posible extraer la acreditación de los siguientes hechos:

- Obra como prueba documental allegada por la parte demandante un informe técnico sobre la afectación del muro de contención natural de la finca el Brazil, elaborado por el Ingeniero Luis Alfredo Cely Moreno, de donde se tiene como punto de partida la ejecución del contrato de obra pública No. 35 cuyo objeto fue "el mejoramiento, mantenimiento y conservación de la vía Santa Rosa de Viterbo Villa Nueva – Malterías, Municipio de Santa Rosa de Viterbo del Departamento de Boyacá".

Del informe precitado se destaca que:

.-. La afectación del muro proviene de la construcción de un filtro y de una alcantarilla en la vía que comunica a la Vereda Villa Nueva con el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, generando un alto riesgo de falla, ya que su la residencia ha sido afectada por trabajos de excavación.

.-. La inspección ocular se llevó a cabo el 31 de octubre de 2014.

.-. Que según imagen 5, la construcción de la alcantarilla sobre la vía imposibilita totalmente el tráfico vehicular, y fue necesario cambiar de

punto de recogida de la leche y la utilización de la tracción animal para poderla transportar.

.-. Que como consecuencia de la construcción de la alcantarilla se generó excavación de una masa del suelo, depositado en la finca "El Brazil" sin tener permiso para ello.

.-. Que la construcción del filtro provocó inestabilidad en el muro de gravedad natural.

.-. Que existen dudas sobre los materiales y la construcción del filtro, debido a que en la excavación se vio comprometida la estabilidad del muro de contención natural.

.-. Que la pérdida de resistencia del muro de contención es evidente, según la imagen 11, comprometiéndose notoriamente la estabilidad del muro.

.-. Que el desprendimiento de las rocas genera una alerta inminente de deslizamiento, ya que no hay suficiente peso para contrarrestar un posible empuje de tierras, además, la acumulación de agua de escorrentía y los posibles empozamientos dan inicio a la sobrecarga las cuales el muro no es capaz de resistir.

.-. Concluye que hay una afectación del muro de contención natural que aproximadamente puede tener 80 metros, y que es inminente una intervención de tipo geotécnico y estructural para determinar la mejor alternativa como medio de retención que cumpla las normativas actuales de construcción en estructuras de contención.

.-. Consideró como posibles soluciones, realizar i) análisis de estabilidad de taludes, ii) según el resultado de lo anterior, se deber realizar una obra de contención como medida correctiva, proponiendo la construcción de un sistema flexible de retención de masa, como un muro de gaviones. (fl.47-62)

- Reposo copia del contrato de obra pública No. 035 de 2014, suscrita por la Alcaldía Municipal de Santa Rosa de Viterbo y Julián Fernando Díaz Álvarez, en calidad de contratista, cuyo objeto fue:

*"... EL CONTRATISTA, se obliga a ejecutar para EL CONTRATANTE, la obra de MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO, Y CONSERVACIÓN DE LA VÍA SANTA ROSA DE VITERBO VILLA NUEVA – MALTERIAS, MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de acuerdo con los pliegos de*

*condiciones definitivos, estudios previos y documentos anexos, de conformidad con las propuesta presentada por el CONTRATISTA, que forman parte integrante del presente contrato..." (fl. 64-71).*

- Se recepciono testimonio del señor Luis Alfredo Cely Moreno, quien fuera el que emitió el informe técnico ya referido en calidad de ingeniero civil, para resaltar, se tiene:

Expuso que los hallazgos se dieron como consecuencia del daño que se advertía en el predio al parecer por las obras públicas, lo cual se pudo constatar, que eran dos, una obra de alcantarilla que encausaría una quebrada que atraviesa o da origen en la finca del actor y un filtro, lo cual debilitó en gran medida al muro natural de contención del predio del demandante.

Que según material fotográfico se advierte que hay desprendimiento del muro natural, a propósito de la construcción de la alcantarilla, y una remoción del suelo que se dispuso en predio del demandante sin que se tuviera ningún permiso.

Precisó que la zona afectada es un talud natural, realizado hace muchos años, que tiene aproximadamente 300 metros, pero la parte afectada, tiene aproximadamente 80 metros. Que debido a los trabajos realizados, se han presentado algunos deslizamientos. Además que según su experiencia, la alcantarilla no se necesitaba en ese lugar, sino cerca al tributario o canal de agua.

Que el deslizamiento se genera por la excavación y retiro de la cobertura vegetal que deja expuesto la capa orgánica la cual al tener contacto con el agua, la arcilla se disgrega perdiendo su capacidad de retención y genera los deslizamientos o superficie de falla, es decir, se deja de tener una protección natural como lo es la capa vegetal, que filtra el agua y no permite que llegue directamente a la arcilla y retrasa el proceso de falla.

Concluyó que para tener una solución definitiva, se debe hacer un análisis del talud, para conocer su estabilidad, si requiere un elemento de contención, sin embargo, que si conocer dicho estudio, sugiere un muro en gaviones dada que no es necesario una mayor técnica para su realización.

### **3.2. Análisis de la Sala**

La apoderada de la parte demandante centra los argumentos del recurso de apelación en (i) ausencia de la facultad oficiosa para decretar pruebas, ii) el indebido análisis del caso concreto por parte del *a quo* en razón a que

aparentemente valoró la prueba para determinar el daño, pero no para concretar el nexo causal, además, (iii) que resultaba incontrovertible la existencia de una falla en el servicio.

Conforme lo anterior, esta instancia, surte el análisis que le corresponde de la siguiente manera:

**i) Facultad del juez para decretar pruebas**

Cabe recordar que el **capítulo IX, artículos 211 a 222 del CPACA** regula el régimen probatorio para los procesos contenciosos administrativos. Es así que el artículo 212 *ibídem* consagra las oportunidades probatorias, indicando que para la primera instancia son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta.

De otra parte, el artículo 213 *ibídem* dispone que el juez o el magistrado podrá decretar pruebas de oficio, cuando considere necesario el esclarecimiento de la verdad.

De las normas precitadas se colige que existe en lo relacionado con las oportunidades probatorias, cuando de primera instancia se trata, dos momentos procesales: **i)** cuando se aportan y se solicitan con la demanda y contestación de la demanda, que junto con las pruebas decretadas de oficio, se definirán en la audiencia inicial y se materializa su contradicción en la audiencia de pruebas, y **ii) cuando se decretan de oficio por el juez**, oídas las alegaciones de las partes, solo para esclarecer puntos oscuros o difusos en la contienda; entendiéndose entonces esta última como una excepción.

A propósito de la prueba de oficio, el H. Consejo de Estado, en pronunciamiento de la Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez<sup>1</sup>, se dijo sobre la “prueba de oficio” y del “auto de mejor proveer” dentro del marco procesal del CPACA, que:

*“...de la transcripción normativa, dentro de las pruebas de oficio, **existen dos modalidades** perfectamente definidas, a saber:*

*-La primera, las **pruebas de oficio propiamente dichas**, que se decretan durante las instancias con el propósito de toda contienda judicial y es*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00080-01

**esclarecer la verdad** y cuya práctica, se indica, se hace en forma conjunta con las pedidas por las partes.

Esto último impone que se deban respetar las oportunidades de postulación probatoria que se prevén en el ordenamiento procesal para las partes como sujetos procesales y todos los presupuestos de las pruebas en primera y segunda instancia tal y como se encuentra previsto en el actual 212 del CPACA (antes 214 del CCA).

-La segunda modalidad, única y propia del llamado **auto de mejor proveer**, mediante la cual se resalta en grado sumo, el poder de instrucción del operador jurídico en su labor de administrar justicia, pero de manera excepcional, por cuanto conforme a la norma pretranscrita, implica que las etapas procesales probatorias para la postulación de las partes -que incluye a la facultad oficiosa propiamente dicha- ya han sido superadas y finiquitadas, toda vez que el proceso se encuentra entre las etapas de alegaciones de conclusión -que ya han sido escuchados o presentados- y la de antes de dictar sentencia.

Ha de recordarse que este auto está sometido al arbitrio del juez pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el iter de la facultad instructiva propiamente dicha -no en la excepcional que se analiza-. Por eso, ante hecho o supuesto fáctico no planteado, no probado o inexistente, lo procedente es negar las súplicas de la demanda, porque con el auto de mejor proveer no se puede pretender integrar o completar el acervo probatorio.

Ahora bien, desde el punto de vista sustancial, el propósito de **esclarecimiento de la verdad** que acompaña la motivación de las pruebas de oficio propiamente dichas, es diferente a la que se puede desplegar mediante el auto de mejor proveer, que únicamente propende a esclarecer **puntos oscuros o difusos de la contienda**.

En consecuencia, la prueba de oficio, o como bien lo denomina el Consejo de Estado "auto de mejor proveer" hace apología a la verdad procesal, que si bien permite reconocer un hecho por inactividad de las partes, ella no puede ser ilimitada, pues siempre debe hacer presencia la responsabilidad de las partes en la carga probatoria que a cada una le corresponda (artículo 167 del CGP).

Lo anterior, permite precisar que el decreto de pruebas de oficio, no infiere un desplazamiento de las cargas procesales probatorias de las partes, lo cual pretende en el *sub exámine* la recurrente, sin que ello sea permisible, pues se itera, dichas pruebas tan solo tienen cabida, cuando se trata de resolver puntos oscuros o difusos, y no para absolver la omisión probatoria de la parte que pretende probar los hechos alegados.

## ii) **Acreditación del daño.**

En el caso *sub exámine* la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los presuntos daños sufridos por la parte actora, por la construcción del filtró de desagüe producto de la obra pública según contrato No. 035 de 2015 suscrita por el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, que provocó inestabilidad en un muro de gravedad natural, exponiendo a un desbarrancamiento de la firmeza del terreno, amenazando en forma grave e inevitable el derrumbamiento de la casa de habitación de la finca el Brazil.

Al respecto, se acreditó que el inmueble involucrado en el daño se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 092-31444, cuya descripción, cabida y linderos, se registra, así: "*Terreno con cabida aproximada de cincuenta y dos mil metros cuadrados, alinderado en la escritura 539 del 06 de octubre de 1970 (ART. 11 DECRETO 1711 DE 1984)*", y que según escritura No. 4555 del 30 de diciembre de 2014, por "adjudicación de sucesión", el señor Luis Alejandro Niño Sánchez, tiene el derecho real del dominio, de una sexta parte de dicho inmueble (1/6) (fl. 256).

También se encuentra probado que el Municipio de Santa Rosa de Viterbo y el señor Julián Fernando Díaz Álvarez, suscribieron contrato de obra pública No. 035 de 2014, cuyo objeto era el "*MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LA VIA SANTA ROSA DE VITERBO VILLA NUEVA – MALTERIAS, MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA*" (fl..64-71).

En cuanto a la presunta afectación que dicha obra causó a la propiedad del demandante, se encuentra en el plenario un informe técnico rendido por un ingeniero civil, quien después de una visita ocular al lugar donde se encontraba ubicada la obra pública, llegó a la conclusión, que en el inmueble de propiedad del demandante, se realizó una excavación para la instalación de un acueducto y un filtro, que produjo remoción de un muro de contención natural, en un área aproximada de 80 metros, concluyendo que era evidente que existe pérdida de resistencia del muro, y por tanto, se presentaba la urgencia de entablar medidas para prevenir un deslizamiento de tierra (fl. 61).

De igual manera, se recepciono el testimonio de quien emitió dicho concepto o informe técnico, donde dejó ver que al muro de contención se le había desprovisto de la capa vegetal y que había quedado expuesta la arcilla, que produce al contacto con el agua desestabilidad del terreno y por consiguiente, podía generar excesiva presión de poros, propiciando una falla. No obstante, consideró que se debía priorizar un análisis de estabilidad

de taludes, para determinar las propiedades físicas y mecánicas del suelo que estaba siendo retenido y del mismo muro de contención, y así poder llegar a establecer superficies de falla de colapso, pero que en todo caso, que era necesario realizar una obra de contención como medida correctiva, considerando bajo su experiencia, que podía construirse un muro de gaviones (fl. 270).

Así las cosas, el *a quo* adoptó en la decisión final de instancia, que el daño consistió en la afectación al muro de contención natural, al darse desprendimiento de sueldo, de roca y de pérdida de cobertura vegetal, lo que causaba una inestabilidad en el muro, pérdida de resistencia y un riesgo de deslizamiento, cuantificándose en un área aproximada de 80 metros (fl. 244 vto).

Lo anterior, haría presumir, pues de ninguna otro elemento se puede valer esta instancia, que dicho muro de contención, hace parte del predio del demandante, y de allí la exigencia de la reparación por la falta de planeación de la administración local.

No obstante lo anterior, para esta instancia no es cierto, actual e inminente el daño como pasa a analizarse:

Lo primero por precisar, es que ni por iniciativa oficiosa del juez ni por diligencia de las partes, se identificó el espacio o bien de uso público sobre el que ejecutó la obra pública y sobre el espacio en el que se realizó la presunta afectación que dicha obra causó a la propiedad del demandante; en otras palabras, no se caracterizó o identificó las áreas de reserva o zonas de exclusión adyacentes a vías públicas preexistentes, dadas por ministerio de la ley.

Es esa medida, debe indicarse que desde la Constitución de 1886, se adoptaron disposiciones para la protección del territorio (artículo 4), cuyo desarrollo de antaño ofrecía el Código Civil, y se sigue manteniendo en la Constitución Política de 1991 (artículo 63); por tanto, los bienes de los que hacen parte las vías o carreteras públicas, sus áreas de reserva o zonas de exclusión, son de uso público, sin que requiera de escrituras, otros títulos y modos de adquisición por el Estado (por ministerio de la ley), y por tanto, se entienden afectados indefinidamente al uso común.

Así, dentro del ordenamiento jurídico vigente, se cita al Decreto Ley 2770 de 1953, por el cual se unificaron las anchuras mínimas de las vías, entre las que pueden anunciar las de categoría terciaria para el caso concreto, con 20 metros, desde el eje de vía, es decir la mitad de la vía, que despliega cada eje, lo cual debería conectarse con los linderos del predio privado,

concreción que se echa de menos en el asunto analizado, sin que se pueda determinarse si hubo trazado nuevo o variación de la vía, que diera lugar a afectación y por tanto, lugar a alguna indemnización.

Más recientemente, con la Ley 1228 de 2008, se actualizó la regulación relativa a las áreas de reserva o franjas de exclusión frente a usos incompatibles con las vías públicas y sus fajas adyacentes para trabajos de mantenimiento, ampliación u operación. Para el efecto, se dispuso:

**ARTÍCULO 1o.** *Para efectos de la aplicación de la presente ley, las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional se denominan arteriales o de primer orden, intermunicipales o de segundo orden y veredales o de tercer orden. Estas categorías podrán corresponder a carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios. El Ministerio de Transporte será la autoridad que mediante criterios técnicos, determine a qué categoría pertenecen.*

**PARÁGRAFO 1o.** *Para efectos de la aplicación artículo 1o del Decreto 2770 de 1953 las vías que allí se identifican como de primera, segunda y tercera categoría son las que en esta ley se denominan de primero, segundo y tercer orden.*

**PARÁGRAFO 2o.** *<Parágrafo modificado por el artículo 55 de la Ley 1682 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> El ancho de la franja o retiro que en el artículo 2o de la Ley 1228 de 2008 se determina para cada una de las anteriores categorías de vías, constituye zonas de reserva o de exclusión para carreteras, y por lo tanto se prohíbe realizar cualquier tipo de construcción o mejora en las mencionadas zonas, salvo aquellas que se encuentren concebidas integralmente en el proyecto de infraestructura de transporte como despliegue de redes de servicios públicos, tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la industria del petróleo, o que no exista expansión de infraestructura de transporte prevista en el correspondiente plan de desarrollo.*

*La entidad estructuradora del proyecto de infraestructura de transporte o responsable del corredor vial, previa solicitud del competente, revisará la conveniencia técnica, tecnológica, legal y financiera de la instalación de estas redes y aprobará las condiciones de su instalación.*

*La instalación de redes públicas en el ancho de la franja o retiro, en ningún caso podrá impedir u obstaculizar la ampliación o expansión de la infraestructura de transporte.*

*Para los efectos de lo previsto en este artículo, se entienden como construcciones o mejoras todas las actividades de construcción de nuevas edificaciones o de edificaciones existentes, que requieran licencia de construcción y sus modalidades en los términos previstos en las normas vigentes sobre la materia.*

*Sin perjuicio de lo previsto en la normatividad vigente para el otorgamiento de licencias ambientales, licencias de intervención y ocupación del espacio público y demás permisos y autorizaciones por parte de las autoridades correspondientes, la entidad pública que tenga a cargo la vía dentro de la*

zona de exclusión de que trata el artículo 2o de la Ley 1228 de 2008 para otorgar permisos para la construcción de accesos, instalación de tuberías, redes de servicios públicos, canalizaciones, ductos, obras destinadas a seguridad vial, traslado de postes, transporte de hidrocarburos o cruces de redes eléctricas de alta, media o baja tensión, deberá establecer los requisitos que debe cumplir el interesado en el trámite correspondiente.

**ARTÍCULO 2o. ZONAS DE RESERVA PARA CARRETERAS DE LA RED VIAL NACIONAL.** Establécense las siguientes fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión para las carreteras que forman parte de la red vial nacional:

1. Carreteras de primer orden sesenta (60) metros.
2. Carreteras de segundo orden cuarenta y cinco (45) metros.
3. Carreteras de tercer orden treinta (30) metros.

**PARÁGRAFO.** El metraje determinado en este artículo se tomará la mitad a cada lado del eje de la vía. En vías de doble calzada de cualquier categoría la zona de exclusión se extenderá mínimo veinte (20) metros a lado y lado de la vía que se medirán a partir del eje de cada calzada exterior.

**ARTÍCULO 3o. AFECTACIÓN DE FRANJAS Y DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO.** Para efecto de habilitar las zonas de reserva, se declaran de interés público las franjas establecidas en el artículo 2o de la presente ley.

**PARÁGRAFO 1o.** En cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 105 de 1993, el Gobierno Nacional, a través de las entidades adscritas al Ministerio de Transporte que tengan la función de administrar la red vial nacional, los departamentos, los distritos especiales y los municipios, cuando se requiera la ampliación, cambio de categoría y construcción de vías nuevas, procederán a adelantar los trámites administrativos correspondientes para la adquisición de las fajas establecidas en el artículo 2o de la presente ley.

**PARÁGRAFO 2o.** Las respectivas autoridades deberán hacer las reservas presupuestales correspondientes para el pago de las indemnizaciones a que haya lugar una vez decidan adelantar la ampliación de las vías actuales, la construcción de carreteras nuevas o el cambio de categoría con fines de ampliación. Para tal efecto lo podrán hacer mediante compensación con gravámenes de valorización a través de las entidades administradoras de la red.

**PARÁGRAFO 3o.** Los Concejos Distritales y Municipales podrán autorizar a los alcaldes la compensación parcial o total de los pagos de las indemnizaciones que se deban hacer por las franjas afectadas con cargo y de manera proporcional a impuesto predial que recaiga sobre el predio del cual se reservó la franja.

**ARTÍCULO 4o<sup>2</sup>.** <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> No procederá indemnización, compensación o reconocimiento alguno por obras nuevas o mejoras, derechos, prerrogativas o autorizaciones que hayan sido levantadas, hechas o concedidas en las

<sup>2</sup> El artículo 4 fue subrogado por el artículo 17 de la Ley 1882 de 2018

fajas o zonas reservadas a que se refiere la Ley 1228 de 2008 con posterioridad a su promulgación.

Tampoco procederá indemnización alguna por la devolución de las fajas que fueron establecidas en el Decreto-ley número 2770 de 1953 y que hoy se encuentran invadidas por particulares. En estos casos las autoridades competentes deberán iniciar los procesos de restitución de bienes de uso público, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los gobernadores y los alcaldes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 13 de la Ley 105 de 1993, deberán proteger y conservar la propiedad pública representada en las fajas de terreno adquiridas por el Gobierno nacional, las gobernaciones o por las alcaldías en virtud del Decreto-ley número 2770 de 1953, al igual que las que se adquieran conforme a la presente ley. Estarán igualmente obligados a iniciar inmediatamente las acciones de recuperación en caso de invasión de estos corredores.

**PARÁGRAFO 1.** Los gobernadores y los alcaldes, enviarán mensualmente al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Defensa, Policía Nacional de Carreteras, y al Ministerio del Interior y de Justicia una relación de los procesos de restitución que hayan iniciado en cumplimiento de este artículo con el fin de hacerles seguimiento.

**PARÁGRAFO 2.** En los procesos de articulación o actualización de los planes de ordenamiento territorial, las autoridades competentes deberán consultar los proyectos de infraestructura de transporte que sean de utilidad pública o interés social, que hayan sido aprobados por las entidades responsables, con el fin de que sea concertada su incorporación en el respectivo plan como zonas reservadas. El Gobierno nacional reglamentará la materia.

Bajo los anteriores preceptos, no encuentra esta instancia prueba alguna que permita dimensionar si existió variación del trazado de la vía, o si la intervención por la obra pública, afectó la zona de reserva o franja reconocida en uso público o si afectó área que haga parte de la propiedad del accionante, luego debía estar esclarecido, si en la faja adicionada al uso público se realizaron o no trabajos públicos, y si realmente subsistió la afectación a la propiedad privada, pues inclusive, no se tiene certeza, si fue el particular quien ocupó o estuvo ocupando irregularmente bienes de uso público, que se itera, son por ministerio de la ley.

Corolario de lo expuesto, no existe certeza del daño alegado en la propiedad del demandante, pues no se demostró si la obra pública afectó el área de reserva o zona de exclusión, lo cual está determinado cuando menos desde el Decreto 2770 de 1953, o exclusivamente si se varió el trazado entrometiéndose en área privada, para que se sea objeto de reparación.

De otra parte, es necesario referirnos a la forma en cómo se expresa el daño. Así, la doctrina, habla de daño consumado, para entender que aquel es un

daño cierto, es decir, es aquel daño que ya expresó toda la potencialidad de la lesión del derecho. Se trata entonces de aquellos casos en los cuales la lesión del derecho se encuentra consumada y consolidada al momento de su calificación, es decir el daño pasado a dicho momento<sup>3</sup>.

Sin embargo, lo anterior no es la única forma por la cual se materializa el daño, a su vez es posible entrar a estudiar la noción **de una amenaza** que pretenda destruir de manera definitiva un derecho. La amenaza<sup>4</sup>, desde el punto de vista doctrinal, se presenta como una situación que objetivamente presenta un riesgo de daño y se manifiesta a través de elementos concretos y de un resultado inmediato<sup>5</sup>, asimismo se debe entender que la amenaza es un daño cierto<sup>6</sup> y actual, pues no se puede pretender asegurar que el

---

<sup>3</sup> Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015) Radicación: 25000-23-36-000-2014-00119-01 (54385); HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.191

<sup>4</sup> Al respecto el tratadista Juan Carlos Henao señala que la necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño, conlleva a que "si el daño se concibe solo a partir de su expresión consumada, la tendencia será la de profundizarlo solo a partir de las acciones ordinarias, habrá de concebirse a partir del estudio de aquellas preventivas o de urgencia." Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.203

<sup>5</sup> MATHILE BOUTONNET. le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Biblioteca de Derecho Privado, tomo 444, Paris, LGDJ, 2005, p. 519.

<sup>6</sup> Sobre la noción de la responsabilidad por el riesgo de daño se exteriorizó que "la responsabilidad pasaría también a ser prospectiva, estudiando no sólo los perjuicios causados sino también los riesgos susceptibles de daños graves e irreversibles" – "DENIS MAZEAUD. Responsabilité civile et précaution, en coloquio organizado por la Facultad Derecho y de Economía de la Universidad de Saboya y el Colegio de Abogados de Chambéry, 7 y 8 de diciembre de 2000, La responsabilité á l'aube du XXI ème siècle, bilan prospectif, en Rewsp. Civ. Et assur., junio de 2001, n.º 6 bis, p. 76. Ver también: CATHERINE THIBIERGE. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?), en RTD civ., 3, julio – septiembre de 1990, p. 580: Hasta entonces la responsabilidad jurídica sólo se enfocaba en el pasado, con un carácter retrospectivo, concentrándose en los actos y a cometidos y en sus consecuencias perjudiciales: hoy los filósofos, los textos internacionales, comunitarios e internos, aquellas personas a quienes les preocupa la calidad del mundo en el que vivimos y que le vamos a dejar a nuestros hijos, la incitan a enfocarse también en el futuro, en las generaciones futuras, con un carácter prospectivo" y en relación al carácter cierto del daño D. Mazeaud exterioriza que "el principio de precaución genera un cambio de la función de la responsabilidad civil, incluyendo en su estudio el simple riesgo de daño y añadiendo a su función retrospectiva una función prospectiva, no se pueden pasar por alto los interrogantes que genera esta evolución: ¿La noción de riesgo de daño debe entrar en la esfera de la responsabilidad civil? ¿Existe alguna diferencia entre el riesgo y la amenaza de daño? ¿Existe el daño aunque solo haya un riesgo de realización? ¿Riesgo y amenaza pueden ser concebidos como elementos del daño? Sólo cuando hayamos encontrado una respuesta a estas preguntas podremos presentar una verdadera definición de la noción de carácter cierto del daño." Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.207

ejercicio alterado de un derecho no signifique que el mismo se encuentra disminuido.<sup>7</sup>

En ese sentido, se debe memorar que en el escrito introductorio, en un primer momento, se señaló que la inestabilidad provocada por la construcción del filtro, *“exponía a un desbarrancamiento de la firmeza del terreno, amenazando de forma grave e inevitable el derrumbamiento de la casa de habitación de la finca el Brazil”* (fl. 3), y en los hechos se anunció que la afectación del muro le daba pérdida de firmeza sin que *“pudiera dar respuesta frente a un evento de remoción de tierras en masa (deslizamiento, desbarranques y pérdida de firmeza del suelo, progresivamente en época de lluvias), lo que hace inminentemente urgente una intervención”*.

Ahora bien, el informe técnico, junto con la declaración testimonial de quien realizó dicho informe, da cuenta que es evidente la afectación del muro de contención natural, y que la misma no puede generar el 100% de respuesta frente a un proceso de remoción en masa, dejando a la deriva ser un detonante por la excesiva presión de poros que pueda tener el terreno; se dice como posible solución, que debe realizarse un análisis de estabilidad de taludes, para determinar las propiedades físicas y mecánicas del suelo que está siendo retenido y del mismo muro de contención, y así poder llegar a establecer superficies de falla de colapso, y que en caso de que el estudio determine que no se cumple dicho talud con los mínimos factores de seguridad, se debe realizar una obra de contención como medida correctiva (fl. 60)

De acuerdo con lo expuesto, no puede la Sala asomar en su análisis que el daño alegado en forma de amenaza se presenta en el *sub lite*, pues ningún elemento probatorio deduce que sea un daño cierto y actual; por el contrario, más allá de la excavación realizada, las únicas pruebas que militan en el plenario infiere que deben realizarse otros estudios para saber las condiciones del suelo y por tanto, las posibles fallas de colapso, y con ello saber la clase de medida correctiva.

De igual manera, el *a quo* encontró como daño adicional, la disposición de una masa de suelo en una parte de la finca del accionante, lo cual no tuvo mayor atención del recurrente; sin embargo, es esencial señalar que el arrojamiento de tierra redujo la pretensión de resarcimiento tan solo por la ausencia del permiso, sin fundamentarse en una afectación directa, cierta

---

<sup>7</sup> HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.191

y actual, como pudiera ser *verbi gracia*, el daño a la capa vegetal de donde se dispuso dicha tierra

Sobre este punto, la Sala enfatiza que de las pruebas que obran en el plenario no es posible extraer que la tierra depositada hubiese sido la misma excavada del muro de contención, ni que ella hubiese generado daño o lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado del demandante.

Ahora, resulta claro que el informe técnico, se funda en una visita ocular de un profesional de ingeniería, empero, es evidente que no tenía la información suficiente para concretar los hallazgos, es decir, no conoció el contrato de obra, no conoció de los estudios previos, valiéndose llanamente de la información entregada por el propietario del predio y de sus conocimientos profesionales que lo hicieron suponer que se presentaron algunas acciones inadecuadas en la construcción de la alcantarilla y del filtro, y por lo tanto, también lo hizo suponer de las posibles correcciones ante un riesgo que no fue cierto ni concreto.

Considera la Sala que, en asuntos como el *sub lite* sucede la determinación del elemento *del daño*, debe ser inminente, irreversible e irremediable, por cuanto no es posible predicar, *ab initio*, que el predio se encontraba con una afectación que amenazaba riesgo y por tanto, violación a los derechos patrimoniales del accionante, sin tener dicha certeza, pues su desencadenamiento no siempre conlleva a la producción de un daño antijurídico.

En este sentido, el informe técnico y la declaración testimonial, no llevan al convencimiento del acaecimiento del daño, razón por la cual esta instancia no encuentra configurado el elemento principal de la responsabilidad extracontractual del Estado, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia, pero con las precisiones efectuadas en esta providencia.

#### **4. CONDENA EN COSTAS**

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante debido a que, aun cuando resultó impróspera la alzada, no fueron generados gastos en esta instancia y la parte accionada no desarrolló actuaciones dentro de la misma.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de marzo de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** 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".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

**Ausente Con Permiso**

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

  
**ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE SUYAMA  
REPUBLICA DE COLOMBIA  
El auto ejecutivo se levantó por escrito  
No. 179 de 19 OCT 2019  
EL SECRETARIO 