



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	LUZ DARY TAFUR LERMA y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE DUITAMA - CURADURÍAS URBANAS No. 1 Y 2 DE DUITAMA- CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ.
REFERENCIA:	152383333752-2015-00258-02
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS CON LA DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA- CONFIRMA NIEGA PRETENSIONES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones (fls. 10-14)

Los señores MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ, LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN, ABELARDO GALLO CÁRDENAS y LUZ MIREYA CARO PINTO, quienes obran en nombre propio y en representación de su menor hija LINA SOFÍA GALLO CARO, JHON EDISON y MIGUEL ÁNGEL GALLO GIL, MARIO GALLO CÁRDENAS y OMAIRA PUENTAS GIL quienes obran en nombre propio y en representación de sus menores hijos DAVID ALEXANDER, JHON MARIO y VIVIAN ANDREA GALLO PUENTES; LUZ DARY TAFUR LERMA y MARCO ANTONIO GALLO CÁRDENAS quienes obran en nombre propio y en representación de sus menores hijos YURY ALEXANDRA y ELKIN ARMANDO GALLO TAFUR, FLOR ALBA, CRISTINA, HÉCTOR JULIO, OLIVA y JORGE ENRIQUE GALLO CÁRDENAS, por intermedio de apoderado judicial impetraron demanda de Reparación

Directa¹ con el objeto de que se declaren solidaria y administrativamente responsables al MUNICIPIO DE DUITAMA, CURADURÍAS URBANAS Nos. 1 Y 2 DE DUITAMA, a la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y al señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MARTÍNEZ, por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las omisiones que materializan fallas o errores, al otorgar licencia para la demolición de un inmueble que colinda con el de su propiedad y la posterior constricción de una obra nueva.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada, a pagar a título de indemnización por perjuicios materiales:

- A título de daño emergente OCHENTA Y OCHO MILLINES SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$88'738.200).
- A título de lucro cesante NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$9'240.000).

Igualmente se condene a los demandados, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales 100 s.m.l.m.v. para cada uno de los demandantes y por concepto de afectación al buen nombre el 100% del avalúo catastral del inmueble afectado, del cual 15% es tangible y 85% intangible.

1.2. Hechos (fls. 14-21)

Como fundamentos fácticos, la parte demandante enunció en resumen los siguientes:

Los señores LUZ DARY TAFUR LERMA, ABELARDO y MARIO GALLO CÁRDENAS, son propietarios del inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 de Duitama, el cual está destinado para ser arrendado y con los dineros obtenidos garantizar la subsistencia de los señores MELQUESIDEC GALLO ÁLVAREZ y LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN.

Sostuvo que en el mes de junio del año 2013 la familia GALLO CÁRDENAS decidió pintar la fachada y arreglar un andén del inmueble antes en mención. Argumentó que cuando la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. inició a demoler una casa contigua a la vivienda y a construir una obra nueva en ese mismo sitio, provocó asentamiento y hundimiento del suelo, afectando el inmueble de la familia con fisuras, grietas, caída de escombros y residuos de construcción, contaminación visual y auditiva, daños en enseres, desajuste en puertas, daño en los circuitos eléctricos, el alcantarillado y las albercas, poniendo en riesgo la vida digna de los habitantes de la vivienda y los transeúntes.

¹ Auto admisorio del 19 de mayo de 2016 - fls. 129 a 130.

Señaló que la CURADURÍA URBANA No. 2 de Duitama el 16 de septiembre de 2013 notificó a los vecinos del sector que el señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ solicitó licencia de construcción de obra nueva en el predio ubicado en la carrera 25 No. 20-88 en Duitama.

Afirmó que el señor MELQUESIDEC GALLO, radicó petición el 15 de septiembre de 2014 al ingeniero JIMMY LÓPEZ, a la SECRETARÍA DE GOBIERNO DE DUITAMA y al CURADOR No. 2 de DUITAMA con el fin de obtener la reparación de los daños causados con ocasión de la construcción de la obra multifamiliar a la vivienda colindante de la familia GALLO CÁRDENAS.

Expuso que el 10 de noviembre de 2014, el señor MELQUESIDEC GALLO nuevamente solicitó a la SECRETARÍA DE GOBIERNO de DUITAMA realizar una visita técnica al inmueble de la familia GALLO CÁRDENAS y al colindante para verificar los daños que éste último había ocasionado, por lo que la OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN y la PERSONERÍA MUNICIPAL DE DUITAMA verificaron que la propiedad presentaba agrietamientos en muros, fisuras en el piso y problemas en la apertura de puertas.

Debido a las afectaciones que presentaba el inmueble, los arrendatarios dieron por terminados los contratos de arrendamiento con el señor MELQUESIDEC GALLO, añadiendo que la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN Y PERSONERÍA DE DUITAMA recomendó realizar un estudio de patología estructural a la vivienda, viéndose en la obligación de pagar a un profesional para que lo realizara.

Finalmente resaltó, que debido al daño estructural que afecta al inmueble, se suspendió temporalmente el servicio de gas natural, lo que determina la procedencia de indemnización de perjuicios materiales y morales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. MUNICIPIO DE DUITAMA

Se tuvo por no contestada la demanda, al presentarse de manera extemporánea, conforme al auto del 24 de agosto de 2017 (fl. 720).

2.2. CURADURÍAS URBANAS Nos. 1 y 2 DE DUITAMA (fls. 155-161)

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que no se presentó ningún hecho, omisión, operación administrativa ni ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos u otra causa imputable a la entidad pública o a un particular que haya obrado

siguiendo la instrucción de la misma y se haya generado un daño a la parte demandante. Afirmó que la Curaduría expidió licencia de construcción toda vez que el proyecto cumplía la totalidad de los requisitos exigidos en la norma, agregando que la legalidad de dicho acto no se puede atacar por medio de la reparación directa.

Refirió que las funciones del curador son regladas y se restringen a la verificación del cumplimiento de normas urbanísticas en los proyectos radicados en planos, memorias y demás documentos que se presentan como soporte y de ninguna forma sobre la ejecución de la obra y en la vigilancia y control de las actividades de construcción.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó "*falta de causa legal para incoar la acción*"; "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" y "*excepción innominada o genérica*".

2.3. CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. (fls. 217-301)

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica, jurídica y probatoria. Manifestó que no es cierto que el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 en Duitama se encontrara en perfecto estado toda vez que según fotografías que se adjuntan en la contestación, se observó que es una vivienda antigua, deteriorada por causas naturales, con grietas en el techo y ubicado en una zona de alta criticidad sísmica.

Afirmó que no es cierto que al avanzar la construcción se provocara asentamiento y hundimiento del suelo toda vez que de acuerdo al informe pericial que se aportó con la contestación se evidenció que el piso de la casa objeto de demolición respecto de la casa de los demandantes corresponde a una altura de 80 centímetros tomados desde la base del terreno natural. Arguyó que las grietas y fisuras en los inmuebles de más de 30 años de construcción se pueden originar por humedad, resistencia del terreno, movimientos diferenciales del suelo, entre otras causas.

Abonado a lo anterior dijo que la constructora realizó una visita al inmueble de los demandantes, pero el señor JORGE GALLO se negó a firmar el acta de vecindades al evidenciar las grietas y humedades del inmueble. Mencionó que el inmueble objeto de litis no cuenta con los requerimientos necesarios para su edificación, toda vez que no cuenta con licencia de reconocimiento y en el folio de matrícula inmobiliaria no aparece como casa sino como lote de terreno.

Así mismo añadió que los demandantes nunca hicieron reclamación alguna en el desarrollo de la obra, ni al momento de la demolición de la casa; de la misma forma dijo que uno de los arrendatarios de la vivienda de los demandantes, argumentó que nunca tuvo inconvenientes con el inmueble restando así credibilidad a lo que afirma la parte actora.

Refirió que el daño estructural del inmueble se debe a la omisión de los demandantes en realizar un reforzamiento a la propiedad que la Ley ordena, y no debido a la construcción que se realizó. De igual forma dijo que la empresa de gas natural ordenó la suspensión del servicio porque el señor JORGE GALLO fue el que lo solicitó. Para concluir indicó que no se puede endilgar responsabilidad a la constructora toda vez que existe duda en el daño y el nexo causal por cuanto no se tiene claridad de los mismos y la obra se realizó atendiendo todos los requerimientos legales ordenados por curaduría.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó *“falta de legitimidad en la causa por activa”*; *“caducidad de la acción”*; *“falta de requisito de procedibilidad-(el hecho de no tener la demanda los mismos hechos de la conciliación)”*; *“causa propia o culpa exclusiva de la víctima”* *“hecho de la víctima”*; *“indebida interpretación del reglamento de construcciones sismo resistentes nrs-10, por parte de los demandantes”*; *“inexistencia de los elementos necesarios para que exista responsabilidad por parte de la constructora orizzonte s.a.s., derivados de la negligencia, falto de diligencia y omisión del demandante”*; *“inexistencia de la obligación a indemnizar”*; *“falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto a la constructora orizzonte s.a.s.”*; *“falta de dictamen pericial mencionado en la solicitud de conciliación sin ser aportado, no puede ser sometido a debate judicial el que se aporta con la demanda”*; *“deslealtad en el proceso, al tramitar proceso judicial alterando el contenido de los hechos de la demanda e incoherencia entre lo dicho en la solicitud de conciliación extrajudicial lo plasmado en la demanda”* y la *“innominada”*.

2.4. JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ (fls. 531-585)

El apoderado, es el mismo que representa a la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y en tanto tuvo los mismos argumentos que en defensa de dicha empresa; no obstante, añadió que el señor Jimmy López no es responsable de los hechos que se investigan en la medida de que él dio venta al inmueble junto con el proyecto de la carrera 25 No. 20-88 el 18 de septiembre de 2013 y para el momento de la demolición del inmueble antiguo su poderdante no era propietario del inmueble ni del proyecto de construcción.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante providencia de fecha 30 de mayo de 2019 (fls. 989-1001), resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA de los señores MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ, LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN, LUZ MIREYA CARO PINTO, quien obra en nombre propio y en representación de su menor hija LINA SOFIA GALLO CARO; JHON EDISON y MIGUEL ÁNGEL GALLO GIL; OMAIRA PUENTES GIL quien obra en nombre propio y en representación de sus menores hijos DAVID ALEXANDER, JHON MARIO y VIVIAN ANDREA GALLO PUENTES; FLOR ALBA, CRISTINA, HÉCTOR JULIO, OLIVA y JORGE ENRIQUE GALLO CÁRDENAS propuesta por la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y el señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ.

SEGUNDO.- DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ y las CURADURÍAS URBANAS Nos. 1 y 2 DE DUITAMA, propuesta por los antes referidos.

TERCERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda de Reparación Directa incoada por los señores LUZ DARY TAFUR LERMA, MARIO y ABELARDO GALLO CÁRDENAS contra el MUNICIPIO DE DUITAMA y la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte accionante en costas. Por secretaría tásense, siguiendo lo señalado por el Código General del Proceso y al pago de las agencias en derecho que serán fijadas por el Despacho una vez este proveído cobre ejecutoria. (...)" Sic.

Para adoptar tal decisión, la *a-quo* planteó como problema jurídico determinar si era procedente declarar responsable extracontractualmente al Estado en cabeza de una entidad territorial y por fuero de atracción de unos particulares, por los perjuicios que presuntamente se causaron a una persona por la demolición de un inmueble y la posterior realización de una obra nueva.

De igual manera indicó que los señores MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ, LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN, ABELARDO GALLO CÁRDENAS y LUZ MIREYA CARO PINTO, quienes obran en nombre propio y en representación de su menor hija LINA SOFÍA GALLO CARO, JHON EDISON y MIGUEL ÁNGEL GALLO GIL; MARIO GALLO CÁRDENAS y OMAIRA PUENTES GIL quienes obran en nombre propio y en representación de sus menores hijos DAVID ALEXANDER, JHON MARIO y VIVIAN ANDREA GALLO PUENTES; LUZ DARY TAFUR LERMA, y MARCO ANTONIO GALLO CÁRDENAS quienes obran en nombre propio y en representación de sus menores hijos YURY ALEXANDRA y ELKIN ARMANDO GALLO TAFUR, FLOR ALBA, CRISTINA, HÉCTOR JULIO, OLIVA y JORGE ENRIQUE GALLO CÁRDENAS, solicitaron se declararan solidariamente responsables a

las accionadas de los perjuicios materiales y morales presuntamente causados como consecuencia de la demolición y posterior construcción de una obra nueva; hechos que manifestaron afectaron de manera grave el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 del cual señalan ser propietarios (fls. 1 a 9). Empero, para acreditar dicha calidad aportan Escritura Pública No. 2002 del 26 de junio de 2013, en la que figuran como propietarios del mismo, únicamente los señores LUZ DARY TAFUR LERMA, ABELARO y MARIO GALLO CÁRDENAS (fls. 37, 38 y 42), lo que implicaba que sólo a éstos últimos les asistía legitimación en la causa para reclamar los aludidos perjuicios, por lo que luego del análisis jurisprudencial, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al no resultar dable reconocerles a quienes no figuraban como propietarios la condición de poseedores o terceros damnificados, como quiera que ello no fue solicitado y el juez no podía sustituir la causa petendi de la acción, modificando los hechos que sustentaban la demanda, pues ello implicaría el desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa de la parte contraria.

En relación con el extremo pasivo, señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ indicó que, no le asistía legitimación por pasiva, en tanto si bien adquirió el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20 - 88, en el mes de septiembre suscribió promesa de compraventa a favor de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. respecto del mismo y ese mismo día realizó su entrega material (fl. 574).

Del análisis del caso concreto y de lo probado, consideró que el inmueble a la fecha de emisión de la sentencia presentaba daños en sus estructura, al igual que recalcó que fue construida en el año de 1986 sin cumplir con las normas que regían para la época de los hechos, entre ellas el Código Colombiano de Sismoresistencia establecido en el Decreto 1400 de 1984 y que de los 3 dictámenes periciales allegados al plenario, dicho inmueble no contaba con sistema de sismo resistencia lo que la hacía vulnerable a los eventos sísmicos y carecía de elementos estructurales, por lo que requería de un reforzamiento y que a la fecha la misma se encontraba deshabitada.

Luego de valorar las pruebas obrantes en el plenario, hacer un análisis del régimen de responsabilidad aplicable y estudiar los elementos de la responsabilidad extracontractual, consideró en primer lugar que conforme a la jurisprudencia no era dable reconocer a quienes no figuraban como propietarios la condición de poseedores o terceros damnificados pues no fue solicitado y el juez no podía sustituir la causa petendi. De igual forma dijo que al señor Jimmy López no le asistía legitimación en la causa por pasiva por cuanto en el mes de septiembre de 2013 suscribió promesa de compraventa a favor de la Constructora Orizzonte S.A.S. respecto del

inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-88 de Duitama; de igual forma frente a las Curadurías Urbanas 1 y 2 de Duitama dijo que la función de las mismas no estaba dirigida al control y vigilancia de obras de construcción y por tanto dentro del proceso no estaban legitimadas por pasiva.

El despacho concluyó que la parte demandante no logró acreditar que la casa estuviera en perfectas condiciones antes del 18 de septiembre de 2013, fecha en la que se efectuó la demolición de la casa contigua y que permitiera determinar que los daños que actualmente presentaba eran producto de la demolición o de situaciones sísmicas debido a que no existía un acta de vecindad sobre las condiciones de la casa para la época de los hechos y, por tanto, no se podía tener certeza real sobre cuál era su estado antes de iniciar obras, concluyendo así que no estaba demostrado el daño antijurídico y por tanto las pretensiones del medio de control no están llamadas a prosperar.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

4.1. Parte demandante (fl. 1009-1029)

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderado, apeló la sentencia de primera instancia, fundado en los siguientes argumentos:

Luego de transcribir los apartes de la sentencia de primera instancia, relacionados con el caso concreto, indicó que se estaba debatiendo la responsabilidad administrativa y por fuero de atracción la responsabilidad civil de propietarios y constructores por acciones u omisiones, cuando los entes públicos, materializan los errores administrativos, entendido el error como el actuar contrario a la normatividad urbanística vigente, ya que los planes de esquemas de ordenamiento territorial, no se cumplen.

- i) *Elementos probatorios que respaldan el daño antijurídico y el nexa causal*

Consideró que la parte demandada no pudo desvirtuar que la demolición de la obra se realizó con licencia, que la construcción de la obra tuvo inicialmente una licencia para 6 pisos y sin respaldo técnico la Curaduría Urbana 2 la otorgó para 2 pisos más, destacando sobre éste punto que se expidió cuando ya estaban contruidos los pisos adicionales; también dijo que existieron reclamaciones oportunas ante las dependencias del Municipio de Duitama sin que tomaran determinaciones preventivas frente a las afectaciones del inmueble de los demandantes. De igual forma dijo que la parte demandada, teniendo la carga probatoria, no logró demostrar que se actuó de manera ajustada a la normatividad urbanística.

Aunado a lo anterior, manifestó que condicionar a que la demanda se refiriera exclusivamente a la afectación de la propiedad privada y posesión material era violar el debido proceso ya que se desconocía tanto la acreditación de la propiedad privada como de la integración del grupo familiar a la cual le generaron daños materiales y morales.

Resaltó que las Curadurías Urbanas 1 y 2 de Duitama eran responsables en la medida que hubo una falla administrativa al otorgar una licencia de construcción sin el soporte requerido y además una ampliación de la licencia ocasionando el hundimiento de la vivienda de los demandantes. Añadió que el señor Jimmy López se encontraba vinculado con las acciones y omisiones del Municipio de Duitama y Curadurías Urbanas. Sobre éste punto, señaló que la *a quo* ignoró los precedentes jurisprudenciales para determinar la responsabilidad del propietario y constructor responsables solidariamente por los daños ocasionados en la actividad peligrosa como está determinada que es la demolición y construcción.

Dijo que era claro que el señor MELQUICEDEC GALLO acudió a todas las dependencias del municipio para dar a conocer los daños que estaban causando en su propiedad debido a una obra de construcción; así mismo se opuso en la Curaduría al otorgamiento de la licencia de construcción. Para concluir relató que según el dictamen pericial allegado y los testimonios que reposaban en el plenario, se podía verificar que el inmueble objeto de litis se encontraba en perfecto estado antes de iniciar con la demolición y posterior construcción de obra nueva. De igual forma dijo que al ser la construcción de edificios una actividad peligrosa, se debía probar únicamente el daño cierto, real, actual, determinado y determinable ya que existía una presunción de culpa. Solicitando se revocara la sentencia de primera instancia y prosperan las pretensiones de la demanda.

ii) Falta de legitimación en la causa por activa

Indicó respecto de la falta de legitimación en la causa por activa que la sentencia no podía endilgar o condicionar a que la demanda debía referirse como exclusivamente a la afectación de la propiedad privada y/o posesión material, para bajo esa premisa, desconocer, no solo el texto de la demanda, sino la demostración de haber acreditado tanto la propiedad privada como el derecho a demostrar la integración del grupo familiar, que había acreditado con los registros civiles e intereses que les asistía frente a la reclamación con respaldo probatorio, demostrando los hechos que les irrogaban los daños antijurídicos del orden material y moral.

iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva

De igual manera arguyó frente a la legitimación en la causa por pasiva a cargo de los curadores urbanos Nos 1 y 2, que estaba demostrado que existía normatividad vigente reguladora para el ejercicio de sus funciones públicas administrativas en el servicio público del desarrollo urbanístico del componente urbano, estando demostrado que para la demolición del inmueble donde construyeron la obra nueva, tuvo inicialmente una licencia para 5 pisos y sin respaldo técnico, ni científico por acción y omisión, materializó la falla administrativa frente al diseño de esa licencia inicial que eran el soporte del diseño garantizando para soportar extremos de grandes toneladas de peso que fuera ampliada y modificada, otorgando la licencia de dos pisos más con altillo y el 06 de abril de 2016, la curaduría urbana N° 2, otorgó la licencia de construcción N° C1LC0019-2016, en la modalidad de ampliación y modificación del inmueble ubicado en la carrera 25 No 20-94, con una vigencia de 24 meses, licencia que aparecía expedida cuando ya se había construido los dos pisos y el altillo, recargando una tonelada de peso por metro cuadrado de construcción adicional que provocó obligatoriamente el asentamiento hundiendo y agrietando la construcción de los demandantes.

Teniendo en cuenta el anterior argumento, recalcó que existieron formalmente reclamaciones oportunas ante las dependencias del Municipio de Duitama, excepcionalmente por mandato, como servidor público, quien debió abstenerse de expedir la modificación y ampliación de la licencia inicial y era su deber aplicar determinaciones preventivas, frente a las afectaciones de inmueble de los demandantes, por lo que no era procedente acceder a la falta de legitimación de la causa por pasiva. Adicionalmente señaló que a los particulares, no se les podía desconocer su responsabilidad determinada en normas sustanciales civiles vigentes atadas al fuero de atracción, por estar vinculados respecto de acciones y omisiones del Municipio de Duitama y de las curadurías que materializaron errores administrativos contrarios a las normas.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

El recurso de alzada fue concedido en auto del 27 de junio de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Duitama (fl. 1031) y admitido por esta Corporación mediante providencia de 14 de agosto de 2019 (fl. 1040). A través de auto del 29 de agosto de 2019, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 1044).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante (fl. 1046-1060)

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación; resaltando que probatoriamente era la parte demandada a quien le correspondía demostrar que sus actuaciones se ajustaron a la normatividad vigente.

Afirmó que era claro que los hechos y daños que sufrió el inmueble objeto de litis, fue producto de las fallas en la demolición sin licencia, en la falta de investigación por infracciones urbanísticas y en el irresponsable otorgamiento y ampliación de una licencia que sin ningún tipo de respaldo se autorizaron, reiterando la solicitud de revocar la sentencia de primera instancia y la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

6.2. Parte demandada

6.2.1. JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ (fls. 1061-1078)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de demanda destacando que la demolición se realizó teniendo en cuenta todos los protocolos de seguridad, con la dirección y supervisión de profesionales; así mismo la construcción de la obra nueva cumplió todos los requisitos que exige la norma para el otorgamiento de las licencias correspondientes. Resaltó que si bien el señor JIMMY LÓPEZ fue la persona que solicitó el otorgamiento de licencias para obra nueva, éste dio venta a su proyecto constructivo y al inmueble sobre el cual se realizaría.

Advirtió que dentro del material probatorio que obra dentro del proceso se podía determinar que el inmueble de los demandantes no contaba con sistema estructural sismo resistente, lo que implicaba mayor riesgo de calamidad y, por ende, las adecuaciones debieron realizarse a su debido tiempo y no como excusa para exigir ahora la reparación de la misma, abonando que no existía licencia de reconocimiento de la existencia de la edificación de la familia GALLO.

Concluyó diciendo que los daños ocasionados al inmueble de la familia GALLO se debían a la deficiencia estructural por no cumplir los requisitos de sismo resistencia contemplados en la normatividad, agregando que la parte actora no logró acreditar que la demolición y la construcción de obra nueva fueran la causa de los daños de la vivienda de su propiedad.

6.2.2. CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. (fls. 1079-1096)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de demanda y apartes de los alegatos presentados por el señor JIMMY LÓPEZ MÁRQUEZ en esta instancia. De igual forma destacó que la construcción del inmueble de la parte actora se realizó en 1986 sin cumplir a cabalidad los lineamientos del

Código 1400 de 1984, y que estando construido el inmueble no se acató lo señalado por la Ley 400 de 1997 y el Acuerdo 039 de 2009.

Afirmó que según el material probatorio se podía inferir que al inmueble objeto de litis no se le realizó ningún tipo de mantenimiento y se dejó en total abandono, si olvidar que no se permitió la inspección total del mismo, ni antes ni posterior a la construcción de la obra nueva.

Finalmente insistió que la Constructora Orizzonte S.A.S. ejecutó sus procedimientos constructivos de forma idónea, eficaz y ajustada a la normatividad vigente, de tal forma que se impidió cualquier tipo de daños o sentamiento en la vivienda vecina.

6.3 Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto en esta oportunidad.

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 asunto se configuran los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, y en virtud del fuero de atracción, los particulares igualmente demandados, son responsables solidariamente por los daños alegados por los demandantes con ocasión de la demolición y posterior construcción de una obra nueva, derivados de la licencia de construcción?

¿De encontrarse demostrados los presupuestos del daño antijurídico quien está legitimado por activa para realizar la reclamación y los perjuicios y quien está legitimado para responder por los mismos?

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:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala procederá a confirmar la sentencia apelada en la medida de que la parte actora dentro del proceso, no logró acreditar que el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 de Duitama de propiedad de los señores LUZ DARY TAFUR LERMA, ABELARDO Y MARIO GALLO CÁRDENAS, estuviera en perfectas condiciones antes del 18 de septiembre de 2013 (fecha de inicio de demolición de construcción antigua), y que los daños que presentó dicha vivienda hayan sido producto de la acción u omisión de los demandados.

Dentro del plenario y teniendo en cuenta los dictámenes periciales allegados por ambas partes y la contradicción de los mismos, se puede establecer que el inmueble presentaba afectaciones en su estructura, grietas en los muros, ausencia de sistema de resistencia sísmica, entre otras; no obstante, no se logró acreditar con certeza el momento de su ocurrencia, ni que la causa de los mismos fuera producto de la demolición realizada de la construcción antigua y de la posterior edificación de obra nueva, derivada de la licencia otorgada a favor de la Constructora Orizzonte S.A.S.

Por lo anterior, era dable negar las pretensiones de la demanda como lo decidió la A quo y ahora en esta instancia, despachar desfavorablemente los cargos del recurrente, por no existir prueba que acredite la imputación fáctica endilgada a la entidad demandada.

Lo anterior, sin perjuicio de la modificación respecto de la prosperidad parcial del cargo de apelación, en tanto la declaratoria de excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, corresponde exclusivamente al señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ, de acuerdo a las pruebas, criterios jurisprudenciales y marco de competencias de los demandados.

3. RESOLUCIÓN DEL CASO

3.1. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Con el fin de resolver la apelación, indica la Sala cual es el marco normativo y jurisprudencial para llegar a una decisión respecto del objeto de la litis planteada en esta sede, por lo que se estudiarán los temas que regulan la temática de la siguiente manera:

La cláusula general de responsabilidad del Estado se encuentra prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, donde dicha responsabilidad se fundamenta en la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Teniendo en cuenta el lineamiento jurisprudencial consolidado por la Sección Tercera del Consejo de Estado y el criterio mantenido² por ésta Corporación recientemente en la sentencia del 27 de febrero de 2019, medio de control Reparación directa, dentro del proceso con radicado No. 156933331-001-2011-00323-01 M.P OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO; se establece que el régimen de responsabilidad por daños causados a la propiedad privada con ocasión de la acción u omisión de las entidades públicas, es el subjetivo y como título de imputación la falla en el servicio.

Dentro del régimen subjetivo de responsabilidad encontramos la falla en el servicio como título de imputación y el cual se configura por la prestación tardía, no prestación o prestación ineficiente del servicio; en éste régimen se presume que la administración presta de manera correcta el servicio y es por ello que el demandante tiene la carga de la prueba.

En la responsabilidad subjetiva se debe suponer la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales, a saber:

- El daño antijurídico sufrido por el interesado;
- El deficiente funcionamiento del servicio, porque no actuó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y
- Finalmente, una relación de causalidad entre éste último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio y por ende le es imputable a la entidad.

El Consejo de Estado, ha indicado frente a la falla del servicio como título de imputación que³:

*“(…) La Sala, de tiempo atrás ha dicho que **la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado**; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella*

² Sala de decisión N° 5- radicado 15001-23-33-000-2015-00662-00

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 07 de abril de 2011. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750). C.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.⁴

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”⁵, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.⁶

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, **la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo.** El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; **la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan** y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.⁷ (Negrilla fuera del texto original).

3.2. De la naturaleza de la licencia de construcción y de sus aspectos técnicos

Debe precisarse que a las autoridades del Estado les corresponde promover las acciones necesarias para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia (art. 2º. C.P.). Así y de manera previa, el artículo 56 de la Ley 9ª de 1989, confirió atribuciones a los alcaldes para realizar un inventario de los asentamientos humanos que presenten altos riesgos para sus habitantes en razón a su ubicación en sitios sujetos a derrumbes o deslizamientos, para

⁴ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

⁵ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837

⁶ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

⁷ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880

la adopción de medidas administrativas en orden a que las viviendas sean desocupadas, y señalando los mecanismos para la reubicación de los habitantes en sitios seguros.

Además de asignarle la competencia en el otorgamiento de las licencias de construcción, actuación determinada en el artículo 63 *ibídem*, que fue derogado hasta la expedición de la Ley 388 de 1997, en el que se previó:

*“Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización y parcelación para construcción de inmuebles, de terrenos en las áreas urbanas, suburbanas, y rurales de los municipios, **se requiere permiso o licencia expedido por los municipios**, áreas metropolitanas, del Distrito Especial de Bogotá o de la Intendencia de San Andrés y Providencia. (...).*

*Las entidades enumeradas en el inciso anterior tendrán un término máximo de noventa (90) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de otorgamiento de las licencias de urbanización y construcción y de cuarenta y cinco (45) días para las licencias de uso y funcionamiento contados desde la fecha de la solicitud. (...). La **invocación del silencio administrativo positivo se someterá al procedimiento previsto en los artículos 41 y 42 del Decreto-Ley 1 de 1984.** (...).”* (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Respecto a las normas de construcción en materia sismo-resistente, la Sala destaca que de acuerdo a la narración de los hechos del introductorio, se encontraba vigente el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10⁸, el cual fue adoptado por el Decreto 926 de 2010, modificado a su vez por el Decreto 092 de 2011.

Por su parte, el Decreto 1469 de 2010⁹, en relación con la competencia de control urbano, dispone lo siguiente:

*“Artículo 63. Competencia del control urbano. **Corresponde a los alcaldes municipales** o distritales directamente o por conducto de sus agentes, **ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial**, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses colectivos y de la sociedad en general.*

En todo caso, la inspección y seguimiento de los proyectos se realizará mediante inspecciones periódicas durante y después de la ejecución de las obras, de lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por el visitador y el responsable de la obra. Dichas actas de visita harán las veces de dictamen pericial, en los procesos relacionados por la violación de las licencias y se anexarán al Certificado de Permiso de Ocupación cuando fuere del caso.”

⁸ Reglamento colombiano de construcción sismo resistente

⁹ Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones.

Concordante con lo anterior, no se puede desconocer que en derecho existe una máxima conforme a la cual el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento aforismo *ignorantia juris non excusat* o *ignorantia legis neminem excusat* (del latín, “la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley”), es decir que es clara la prohibición de adelantar una obra sin el lleno de los requisitos, en especial la Licencia de Construcción y los planos aprobados por la respectiva autoridad, pues de hacerlo ello conlleva una infracción urbanística, tal como lo señala el artículo 104 numeral 2º de la Ley 388 de 1997.

Además, en el presente asunto resulta pertinente traer a colación lo señalado por la jurisprudencia¹⁰, en la que se señaló lo siguiente sobre las licencias de construcción:

“(…) la licencia de construcción es un acto administrativo (i) que encierra una autorización de la autoridad competente, (ii) sujeto a un plazo establecido por las normas aplicables y (iii) a unas condiciones determinadas para el caso concreto, (iv) que habilita el desarrollo de esta particular actuación urbanística, (v) que origina una situación jurídica de carácter individual, (vi) cuya validez está supeditada al ordenamiento jurídico en conjunto. En esa medida cuando una licencia carece de algunos de los elementos axiológicos de todo acto administrativo o contraviene lo dispuesto en la ley o en el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) respectivo es susceptible de declararse nula por el Juez de lo Contencioso Administrativo.” (Subrayado fuera de texto original).

Así las cosas, se puede concluir que el otorgamiento de una licencia tiene como propósito la autorización de adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y para realizar el loteo o subdivisión de predios, otorgando al beneficiario los derechos de construcción y desarrollo, de acuerdo con las condiciones previstas en estas, la cual debe ser otorgada atendiendo la totalidad de los procedimientos y reglamentación, prevaleciendo el interés colectivo a la vivienda antes que el interés particular, para el cumplimiento de los fines del Estado.

3.3. De las funciones ejercidas por las curadurías urbanas, en la actividad urbanística

La parte actora en el recurso de apelación interpuesto manifestó que las Curadurías Urbanas 1 y 2 de Duitama, eran responsables en la medida que hubo una falla administrativa al otorgar una licencia de construcción sin el soporte requerido y además una ampliación de la licencia ocasionando el

¹⁰ Sentencia de 29 de abril de 2010, Expediente No. 2011-00329-01, con Ponencia del Consejero Guillermo Vargas Ayala

hundimiento de la vivienda de los demandantes. De igual forma argumentó que por parte de los Curadores Urbanos no solo está a cargo el otorgamiento o no de licencias de construcción, sino que debe existir control y vigilancia sobre dichas obras de construcción.

Al respecto la Sala destaca que el Decreto 1077 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”, precisó:

*“ARTICULO 2.2.6.6.1.2 Naturaleza de la función del curador urbano. El curador urbano ejerce una función pública para **la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigente, a través del otorgamiento de licencias de parcelación, urbanización, subdivisión y de construcción**”.* (Negrilla fuera del texto original).

De igual forma la Ley 388 de 1997 resalta en su artículo 109 que:

“ARTÍCULO 109. VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley y en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 313 de la Constitución Política, el concejo municipal o distrital definirá la instancia de la administración municipal encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.”

La misma legislación, vigente para la época de los hechos, también estableció tres componentes de los planes de ordenamiento territorial, descritos así:

- “1. El componente general del plan, el cual estará constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo.*
- 2. El **componente urbano, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano.***
- 3. El componente rural, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para orientar y garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, así como la conveniente utilización del suelo”.*

Así las cosas, la actividad urbanística es un hecho colectivo condicionado a la vida digna de los habitantes de un determinado territorio, que configura un auténtico derecho de los ciudadanos, comprometiendo los intereses generales atinentes a la estructuración de planes para satisfacer las necesidades de la comunidad, trascendiendo los límites del interés individual; así lo precisó la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción¹¹, en el siguiente pronunciamiento:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, dieciséis (16) de octubre de dos mil siete (2007)-Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00351-02(AP).

“(…) El urbanismo¹², como advierte Hans Rother, es **la organización del espacio para la vida del hombre en las ciudades¹³ y al ser éstas un hecho colectivo que condiciona la vida de todos los habitantes, la ordenación urbanística surge como una función pública¹⁴ y así lo establece el artículo 3º de la ley 388 de 1997.** En vigencia de la Constitución de 1886, la cual no tenía norma expresa que tratara el tema de espacio público, la ley 9ª de 1989¹⁵ o ley de reforma urbana aparece como el primer esfuerzo legislativo cristalizado en materia de derecho urbanístico (...)”¹⁶”.

Relacionado con las disposiciones normativas y la posición jurisprudencial respecto de la actividad urbanística, la doctrina¹⁷, se ha ocupado en realizar un análisis sobre el derecho urbanístico, conceptualizando como aquel:

“vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio”¹⁸.

Puntualizando que la finalidad del derecho urbanístico, corresponde a:

“profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara stirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado social de derecho, esto es, comprometido mediante **la acción administrativa propia del ejercicio del poder público con la realización de los cometidos indispensables** para garantizar los **intereses colectivos y sociales sobre los estrictamente individualistas**, los cuales son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio”¹⁹.

Lo anterior, se relaciona inminentemente con el **principio de la función pública**, que debe propender por los siguientes objetivos, entre otros:

“Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructura de transporte y **demás espacios públicos, y su destinación al uso común (...)**”²⁰

¹² El derecho urbanístico constituye uno de los capítulos más importantes del moderno derecho administrativo, ello se evidencia en la ya copiosa literatura extranjera que se ocupa de esta nueva disciplina jurídica vid. BERMEJO VERA (director), *Derecho Administrativo, parte especial*, Editorial Civitas, Cuarta edición, Madrid, 1999, Parte Cuarta, p. 507 y ss; CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *Instituciones de derecho urbanístico*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1992; CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *La gerencia municipal de urbanismo como organismo autónomo local*, en *VVAA Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 197 y ss; DELGADO BARRIO, Javier, (...)

¹³ ROTHER, Hans. *Derecho Urbanístico colombiano*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 15.

¹⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Temas municipales y regionales*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1985, p. 253.

¹⁵ LEY 9 de 1989, DIARIO OFICIAL AÑO CXXV, N. 38650, 11 de enero de 1989, p.1.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencias, Sentencia de 6 de octubre de 2005, rad. AP-13001-23-31-000-2002-00135-01, actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias, demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ Análisis completo por Jaime Orlando Santofimio Gamboa titulado “Actividad urbanística territorial y responsabilidad del estado”, contenido en las XVI Jornadas internacionales de derecho administrativo “La responsabilidad Extracontractual del Estado”, páginas 557 a 677

¹⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Principios del derecho Urbanístico Colombiano*, en *Derecho Urbanístico. Legislación y Jurisprudencia*, Universidad Externado de Colombia, 2009; pág. 31.

¹⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ob cit.* Pág. 32

²⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *ob. cit.* Pág. 41

Así que la actividad y derecho urbanístico parte de los fines esenciales del Estado, representado por la autoridad local, cuyo objetivo es satisfacer los intereses generales de la comunidad, los derechos colectivos e intereses difusos, por razones de equidad social e intervención de la política social y ecológica de la propiedad, en armonía de la convivencia equilibrada y ponderada del derecho a la propiedad.

El contexto normativo y doctrinal que se acaba de describir, permite a la Sala determinar que el derecho urbanístico y la consecuente actividad, es un concepto multipropósito integrador del interés común, por el sometimiento de los fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos, que no desconoce los intereses subjetivos e individuales, por la vinculación social y comunitaria.

Así las cosas, el Concejo Municipal de Duitama mediante el Acuerdo No. 039 de 2009 *"POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA LA ESTRUCTURA DEL ARTICULADO DEL ACUERDO 010 DE 2002 Y SE INCLUYEN OTRAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL ORDENAMIENTO TERRITORIAL"*, dispuso que la Asesoría de Planeación o la que hiciera sus veces revisaría periódicamente las obras que se estuvieran construyendo en la ciudad con el fin de verificar el cumplimiento de normas urbanísticas y arquitectónicas y la instalación de medidas de protección.

De lo expuesto se puede resaltar que para la fecha de la ocurrencia de los hechos, la función de vigilancia sobre las obras que se estuvieran construyendo, estaría a cargo de la asesoría de planeación municipal; y es por esto que las Curadurías Urbanas si bien tienen la función de otorgar licencias de parcelación, urbanización, subdivisión y de construcción, no tienen la función de vigilancia y control sobre las obras de construcción, toda vez que las Curadurías otorgan dichas licencias teniendo en cuenta el cumplimiento de las exigencias que plasma la ley para el otorgamiento de las mismas, verificando que los solicitantes se allanen a las mismas según la documentación allegada por éstos.

3.4. Análisis de la Sala

3.5. Hechos probados

A fin de desatar los cargos del recurso de apelación formulado por la parte demandante, la Sala encuentra los siguientes hechos probados:

- Mediante Escritura Pública No. 2002 del 26 de junio del 2013, se acredita la titularidad del derecho de dominio a favor de los señores ABELARDO GALLO CÁRDENAS, MARIO GALLO CÁRDENAS y LUZ DARY TAFUR LERMA, respecto

al inmueble con matrícula inmobiliaria número 074-81653, ubicado en la carrera 25 No 20-78/84 en la ciudad de Duitama. (fls. 37-42)

- Igualmente, se encuentra probado que la Curaduría Urbana No. 2 de Duitama, el 16 de septiembre de 2013, informó a los vecinos del sector sobre la solicitud elevada por el señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ, respecto de la licencia de construcción en modalidad de obra nueva en el predio ubicado en la carrera 25 No. 20-88 de la ciudad de Duitama. (fl.72)
- Mediante varios derechos de petición el señor MELQUESIDEC GALLO ÁLVAREZ, solicitó al señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ MARQUEZ, al Municipio de Duitama-Secretario de Gobierno, al Curador No. 2 de Duitama y a la Secretaría de Planeación de Duitama, adelantar las acciones tendientes a reparar los daños y perjuicios causados por la construcción de la obra multifamiliar aledaña ubicada en la carrera 25 No. 27-78 de Duitama (fls. 73-75,79)
- El día 18 de septiembre de 2013 los señores JIMMY LEONARDO LÓPEZ como prometiente vendedor, y la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. celebraron contrato de promesa de compraventa del inmueble, contiguo al de propiedad de los demandantes, ubicado en la carrera 25 No. 20-88 del Municipio de Duitama (fls. 314-316); de esta forma el 16 de agosto de 2014 se elevó a escritura pública No. 2780, respecto de la venta del inmueble en mención (fls.317-319).
- Del 16 al 21 de septiembre de 2013, se realizaron actas de vecindades en las que se constató que la vivienda ubicada y de propiedad de los demandantes, presentaba humedad, dilataciones, grietas y baldosas rotas de manera previa a la construcción contigua; no obstante, durante la visita el señor GALLO decidió no continuarla y solicitó que se retiraran del inmueble sin que el acta de vecindad fuera firmada (fls. 333-334, 337) y de la cual se destacan los siguientes apartes:

“Observaciones:

Dilataciones se evidencian en los muros, humedad por tejas rotas y mal instaladas en la parte posterior, la vivienda no cuenta con un sistema estructural sismoresistente. Se deja constancia que el señor Jorge Gallo, no deja continuar con la inspección debido a las observaciones que se están realizando”²¹.
(Negrilla y subrayado fuera del texto original)

- El día 21 de septiembre de 2013, se expide a favor del señor PABLO VARGAS MENDOZA recibo de caja menor No. 001 por concepto de demolición, por valor de UN MILLÓN CIENTO MIL PESOS (\$1'100.000) (fl. 324); de igual forma en

²¹ Ver folio 334

esa fecha la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. generó cuenta de cobro a favor del señor MOISES BECERRA por valor de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) por concepto de transporte de escombro producto de la demolición del inmueble ubicado en la Carrera 25 No. 20-88 de Duitama (fls. 322-323).

- El 21 de noviembre de 2013 la Curaduría Urbana No. 2 de Duitama, otorgó licencia de construcción a la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. en el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-94, con matrícula inmobiliaria No. 074-9207 con una duración de 24 meses (fls.162-164).
- El 30 de mayo de 2014, el Municipio de Duitama- oficina de planeación presenta una infracción, informando que la construcción en obra negra muestra respecto al muro del lindero un aislamiento en todos los pisos, con lo cual se incumple lo estipulado en el Acuerdo 039 de 2009 (fls.216-217); adelantando así el proceso sancionatorio No. 236 de 2014 contra HOLLMAN ARLEY LÓPEZ (fls. 781-854).
- El 06 de octubre de 2014 el señor MELQUICEDEC GALLO y LILIANA OROZCO, dieron por terminado el contrato de arrendamiento por mutuo acuerdo, debido a inconvenientes que se venían presentando con la construcción realizada en el predio vecino (fls. 87-88).
- El día 10 de noviembre de 2014, el señor MELQUESIDEC GALLO realizó una solicitud a la Secretaría de Planeación Municipal de Duitama con el fin de que ésta realizara un seguimiento a las obras que se estaban realizando en la carrera 25 No. 20-80; en vista de que a criterio de él se veía perjudicado con dichas obras ya que su vivienda estaba presentando afectaciones (fl. 79).
- El día 15 de diciembre de 2014, la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. envió un comunicado al señor MELQUISEDEC GALLO, informando que a partir de la terminación de la construcción externa que se estaba llevando a cabo, empezarían a realizarse los arreglos pertinentes y por tanto solicitó dejar entrar a su vivienda al personal autorizado para realizar los trabajos correspondientes (fl.348).
- Mediante oficio del 24 de diciembre de 2014, el representante legal de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S., informó a la Oficina de Planeación de Duitama que se enviaron comunicaciones al señor MELQUESIDEC GALLO en relación con los arreglos que requería su propiedad y que presuntamente fueron ocasionados por la obra de construcción; no obstante, afirmó que el señor GALLO no permitía la realización de dichos arreglos y buscaba de forma arbitraria el cierre de la obra (fls.346-350).

- A través del oficio del 30 de diciembre de 2014, la Oficina de Planeación de Duitama le informó al señor MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ que en la inspección realizada a la vivienda de su propiedad se verificó que ésta presentaba agrietamientos en muros, fisuras del piso y problemas en apertura de puertas, recomendándole realizar un estudio de patología estructural (fl.80).
- El día 15 de enero de 2015, la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. envió un comunicado al señor MELQUISEDEC GALLO solicitando su colaboración para la revisión de puertas del inmueble de su propiedad por parte de un ornamentador de la constructora (fl. 349).
- El 19 de enero de 2015, la Curaduría Urbana No. 1 de Duitama informó a los vecinos del sector que el señor HOLLMAN LÓPEZ solicitó licencia de construcción en modalidad de ampliación y modificación en el predio ubicado en la carrera 25 No. 20-88 de Duitama (fl.81).
- El 28 de enero de 2015, el señor MELQUISEDEC GALLO, se opuso a la licencia de ampliación y modificación argumentando que era un peligro para la sociedad el avance de las obras puesto que se estaba deteriorando más su vivienda (fl. 82).
- La Oficina Asesora de Planeación de Duitama, le informó a las Curadurías Urbanas Nos. 1 y 2 de Duitama que el señor HOLLMAN LÓPEZ como representante legal de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. se acogió a lo establecido en el Acuerdo 039 de 2009 (fls. 875-876).
- Mediante certificado del 11 de abril de 2015 el señor GUSTAVO PINEDA RAMÍREZ relató que vivía en el bien inmueble objeto de litis, en virtud de un contrato de arrendamiento el cual culminó por la incomodidad y daños debido a la construcción del edificio adjunto (fl.89).
- El día 03 de agosto de 2015, la Oficina Asesora de Planeación de Duitama dando respuesta al derecho de petición elevado por el señor HOLLMAN LÓPEZ, indicó que según visita de inspección a la vivienda ubicada en la carrera 25 No. 20-78, se observó agrietamientos en los muros, fisuras del piso y problemas con la apertura de puertas; no obstante, no se logró verificar que la vivienda haya sido afectada por la construcción colindante toda vez que no se evidenciaron las actas de vecindad que constataran el estado de la vivienda antes de la construcción nueva (fls.219-223).
- El día 12 de agosto de 2015, la empresa de Gas Natural Fenosa ordenó la suspensión temporal del servicio con ocasión de la solicitud elevada por el

señor JORGE GALLO el día 21 de mayo de 2015 requiriendo dicha suspensión (fls.363-364).

- El día 15 y 22 de agosto de 2015, se realizaron actas de entrega de reparaciones a inmuebles cercanos al proyecto ORIZZONTE 1 con el fin de que dichos inmuebles tuvieran las mismas características que tenían antes de iniciar la obra (fls.339-343).
- El día 06 de abril de 2016, la Curaduría Urbana No. 1 de Duitama otorgó la licencia de construcción No. C1LC0019-2016 a favor de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. con el fin de ampliar y modificar el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-94 (fls.859-860).
- El día 24 de enero de 2017, la Oficina Asesora de Planeación de Duitama le informó al juzgado de primera instancia que el día 18 de septiembre de 2013, se constató que en la carrera 25 No. 20-88 se estaban adelantando obras de demolición de una construcción antigua (fl. 739).

De igual manera, encuentra la Sala acreditada de la **prueba testimonial** adelantada el 14 de noviembre de 2018 (fls. 898-900 y CD f. 901), los siguientes aspectos a destacar:

- El señor **JOSÉ JIMENO GONZÁLEZ GONZÁLEZ** (minuto: 22:15 a minuto: 40:27- CD f. 901): Expresó que estuvo viviendo durante un año en el segundo piso de la vivienda de propiedad de los demandantes, en virtud de un contrato de arrendamiento desde el 05 de diciembre de 2012, hasta el 05 de diciembre de 2013; manifestó que la casa al iniciar el contrato se encontraba en perfecto estado. No obstante, a partir del inicio de las obras de construcción en el lote aledaño el inmueble comenzó a presentar varias afectaciones lo que conllevó a terminar el contrato. A criterio propio dijo que en la construcción del edificio contiguo rasparon demasiado las bases del inmueble objeto de litis. Adicionalmente dijo que dio por terminado el contrato de arrendamiento debido al mal estado de la casa. Finalmente dijo que el estado de la casa al cual hacía referencia correspondía al segundo piso, sin tener conocimiento del estado general de la vivienda.
- El señor **LEOVIGILDO GALLO JAIME** (minutos: 43:58 a 58:59- CD f. 901): Relató que era vecino de los demandantes desde aproximadamente 10 años; que al lado de la casa de los actores había una casona antigua que fue demolida para construir un edificio; afirmó que no tenía conocimiento del estado interior de la casa objeto de la litis; no obstante, argumentó que antes de la construcción del edificio el frente de la vivienda no presentaba averías visibles. Dijo que en una ocasión realizó una visita a la casa de los

actores observando algunas fisuras en las paredes y daños en las puertas haciendo la misma inhabitable.

- La señora **LINA MARCELA DIAZ CHAPARRO** (minutos: 1:00:10 a 1:06:28- CD f. 901): Indicó que únicamente le consta sobre el asunto a debatir, la venta que realizó el señor JIMMY LEONARDO LÓPEZ de la casa antigua, un lote y un proyecto para dicho lote a la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. toda vez que fue testigo cuando se concretó el negocio. Afirmó que desconoce las condiciones del inmueble objeto de litis.

- El señor **AMILKAR JANUARIO ABAUNZA MEJÍA** (minutos 1:08:45 a 1:47:08- CD f. 901): Teniendo en cuenta su profesión como arquitecto, informó que a mediados del año 2013 fue contratado por la CONSTRUCTORA ORIZZONTE para realizar actas de vecindad, dirigir la demolición donde posteriormente se construyó el edificio y realizó seguimiento al proceso constructivo del proyecto. Refirió que en las actas de vecindad se observaba el estado de las viviendas aledañas al proyecto. Frente a éste punto resaltó que la vivienda objeto de litis presentaba humedad, mal estado de la pintura, el piso estaba levantado, con grietas, sin un sistema estructural; y al hacer dicha manifestación el señor GALLO se ofuscó e impidió continuar con la visita sin firmar dicha acta. Resaltó que cuando se encontraba realizando la visita para el acta de vecindad únicamente alcanzó a observar el estado del primer piso de la vivienda sin permitir el acceso al segundo piso. Adicionalmente dijo que estuvo presente cuando se realizó la demolición de la casa antigua junto con un ingeniero civil y representantes de la constructora, siguiendo conductos de seguridad como acordonar el lugar y señalar espacios para demoler con la maquinaria de forma segura. También dijo que un miembro de planeación municipal estuvo presente en la demolición sin que éste presentara objeción alguna. Señaló que durante todo el proceso de demolición y construcción de la obra se llevó registro fotográfico, el cual posee actualmente la constructora; manifestó que a su criterio no podía establecer con claridad que originó los daños a la vivienda de los actores, puesto que requería un estudio técnico para determinarlo con claridad. Indicó que estuvo hasta el quinto nivel de estructura de la construcción y que la misma se llevó a cabo teniendo en cuenta los planos y conforme a la licencia de construcción. Finalmente dijo que la licencia de construcción incluía la licencia de demolición para la adecuación del terreno; afirmó que cuando se realizaron las excavaciones correspondientes siempre se mantuvo el proceso pertinente para no causar daños a viviendas aledañas, resaltando que la culata se hizo por tramos para evitar que se generara un vacío debajo de las viviendas. Refirió que hubo un muro encima del andén y por tanto se instalaron cintas de protección por requerimiento de la Alcaldía Municipal. Por último, dijo que

se instalaron aisladores para poder fundir la columna y que ésta quedara separada de la vivienda contigua.

- El señor **MAURO ALBERTO HIGUERA ROJAS** (minutos: 1:47:10 a 2:25:30- CD f. 901): Como contratista de obras civiles, argumentó que fue contratado para realizar actas de vecindad junto con el arquitecto Amilkar y Oscar López. Narró que en la vivienda de los demandantes se observaron deterioros de una casa normal y antigua (grietas en paredes, deterioro en pintura y baldosas levantadas), sin estructuras bien conformadas; señaló que únicamente se permitió el ingreso al primer piso; recordó que dicho piso se encontraba habitado. Dijo que estuvo presente en la demolición y que ésta tuvo una duración de 3 o 4 días, contando con todos los equipos de seguridad para llevar a cabo la misma. Declaró que la demolición se realizó al día siguiente de suscritas las actas de vecindad y que no fue necesario realizar excavaciones profundas ya que la casa que fue demolida estaba bastante profunda y únicamente se retiraron escombros. Explicó que la obra estuvo a cargo del Arquitecto Amilkar y un ingeniero; añadió que cuando se estaba realizando la demolición llegó personal de planeación municipal el cual reviso la documentación, pero sin presentar ninguna objeción sobre los mismos. Infirió que en toda construcción incluyendo la obra a cargo de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S., se usaron aislantes con icopor de 15 cm entre la obra a construir y las casas aledañas. Finalmente argumentó que la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. cumplió con todos los requerimientos de los planos ya que de manera continua se verificó dicho acatamiento; relató que la construcción de la obra se llevó a cabo teniendo en cuenta todas las garantías de seguridad para evitar daños a la obra y a los inmuebles colindantes de la misma. Por último, mencionó que el señor GALLO impidió continuar con la visita de vecindad porque le molestó que se estuviera describiendo el estado actual de su vivienda. Por último, manifestó que Curaduría o Planeación realizó constantemente visitas en el desarrollo de la obra.

Igualmente, de los **interrogatorios de parte**, en audiencia celebrada el 19 de noviembre de 2018 (fls. 902 a 903 y CD 906), la Sala retoma los siguientes apartes relevantes:

- El señor **MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ** (minutos 15:20 a 19:52- CD f. 906): Indicó que en el año de 1984 adquirió un lote sobre el cual realizó una construcción cumpliendo toda la normatividad; relató que en el año 2007 traspasó dicha propiedad en cabeza de JORGE y CRISTINA GALLO; finalmente manifestó que vivía del arriendo obtenido de dicho inmueble.
- La señora **LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN** (minutos 21:05 a 27:24- CD f. 906): Manifestó que los ingresos para su subsistencia provenían de sus hijos,

resaltando que, en el año 2007, se escrituró el bien ubicado en la carrera 25 No. 20-78 de Duitama a favor de sus hijos JORGE y CRISTINA GALLO; no obstante, indicó que ese bien seguiría siendo de ella y de su esposo. Finalmente solicitó que le arreglaran su casa porque estaba buena y sana; que tenía inquilinos satisfechos con su vivienda pero que no pudieron más arrendarla.

- La señora **LUZ DARY TAFUR LERMA** (minutos 30:02 a 42:04- CD f. 906): Expresó que en el año de 2013 adquirió un inmueble de manos de CRISTINA y JORGE GALLO, frente a la que no se constituyó usufructo alguno. Relató que mediante curaduría solicitó que revisaran la vivienda porque estaba averiada. Informó que desde el 18 de septiembre de 2013 y hasta la fecha del interrogatorio no se le había realizado ningún tipo de reparación a la vivienda de su propiedad. Finalmente añadió que el inmueble fue producto del trabajo de su esposo y se le realizaban constantes mejoras; relató que a ella le informaron del mal estado de la vivienda y por tanto le preguntó al ingeniero sobre el acta de vecindad del estado anterior de la vivienda, a lo que le contestó que los daños se resolvían con un bulto de cemento y tejas; y que acudieran a otras instancias porque ellos no podían hacer nada al respecto. Informó que se acudió a Curaduría, pero no tomaron medidas necesarias. Finalmente dijo que el único sustento que tenían los señores MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ y LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN era el arrendamiento que obtenían de la vivienda.
- El señor **ABELARDO GALLO CÁRDENAS** (minutos 43:05 a 51:19- CD f. 906): Relató que en el año 2013 adquirió un bien inmueble con reserva de usufructo para sus padres como acuerdo familiar sin constar en un documento; de igual forma manifestó que si bien sus padres poseían una finca, no podían trabajar para poder sostenerse. Manifestó que su sostenimiento provenía del arriendo que cobraban por la vivienda. Relató que nunca se solicitó reconocimiento de construcción con respecto a su vivienda ni algún reglamento de propiedad horizontal; de igual forma indicó que CRISTINA y JORGE GALLO a principios del 2013 realizaron arreglos de fachada y de andén a la vivienda, de igual forma dijo que desde dicha fecha no se ha realizado ningún tipo de arreglo e incluso dicha casa se encuentra deshabitada. Relató que a raíz de la demolición de la casa contigua iniciaron los daños al bien de su propiedad; no obstante, manifestó que nunca se acreditaron dichos daños ni con fotografías ni con el estudio realizado por un profesional.
- El señor **MARIO GALLO CÁRDENAS** (minutos 52:10 a 58:57- CD f. 906): Manifestó que adquirió el bien objeto de litis en el año 2013 y que en la escritura se estipuló que los usufructos que generara dicha vivienda eran para sus padres MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ y LINA ROSA CÁRDENAS

LEÓN. Indicó que desde el año 2013, no se ha realizado ningún tipo de arreglo a la vivienda. Finalmente dijo que, debido a la construcción en el predio aledaño de su propiedad y el peso estructural de la misma, dañó el patrimonio heredado por sus padres.

- El señor **MARCO ANTONIO GALLO CÁRDENAS** (minutos 59:09 a 1:03:07- CD f. 906): Declaró que el inmueble objeto de litis era un patrimonio de sus padres y que actualmente estaba en un estado deteriorable debido a la construcción realizada en el predio colindante del mismo.
- El señor **JORGE ENRIQUE GALLO CÁRDENAS** (minutos 1:01:37 a 1:15:29- CD f. 906): Afirmó que adquirió el bien inmueble en el año 2007 junto con su hermana CRISTINA GALLO mediante escritura de confianza que le hicieron sus padres MELQUISEDEC GALLO ÁLVAREZ y LINA ROSA CÁRDENAS LEÓN. Señaló que el inmueble se construyó en el año de 1985. Relató que el inmueble no posee licencia de reconocimiento ni reglamento de propiedad horizontal. Expresó que el acta de vecindad se registró con posterioridad a la construcción, siendo que ésta debe registrarse con anterioridad, relató que cuando se realizó la visita por el señor Amilkar, una vecina le informó que en el sitio se encontraban funcionarios de Planeación Municipal para cerciorarse de las afectaciones que se presentaban en las viviendas; no obstante al darse cuenta de que no eran funcionarios de Planeación los sacó de su vivienda; sin embargo, relató que nunca realizó ninguna reclamación respecto de ésta circunstancia.
- El señor **HÉCTOR JULIO GALLO CÁRDENAS** (minutos 1:15:58 a 1:22:17- CD f. 906): Expresó que era el propietario de la vivienda objeto de litis; no obstante, no se encontraba en la escritura pública. Resaltó que siendo la actividad de construcción una actividad peligrosa era la constructora responsable de los daños ocasionados a la vivienda; añadió que la licencia se otorgó para la construcción de 6 pisos y que actualmente contaba con pisos adicionales y que se acudió ante todas las instancias tales como Inspección de Policía, Curaduría, Personería, Planeación, entre otras con el fin de obtener el resarcimiento de daños sin ser escuchados.

La Sala, puede discurrir de los testimonios parcialmente transcritos, que se presentaron unos deterioros en el inmueble de propiedad de los demandantes. No obstante, no se logra vislumbrar las causas determinantes de los daños alegados en la vivienda de los actores, el momento en que se presentaron, ni la causa única y absoluta de los perjuicios reclamados, correspondiente a las obligaciones o deberes de los demandados.

Finalmente, y en **relación a las pruebas periciales**, la Sala apoyada en el análisis de la doctrina, CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ "*Tratado de los dictámenes Periciales*"- biblioteca Jurídica Ochoa Auditores 2017, retoma algunos de los planteamientos allí descritos, para la valoración probatoria, así:

- "(...) Si alguna parte pretende alegar un vicio en el dictamen, deberá:*
- i) Solicitar la comparecencia del perito a la audiencia con el fin de que argumente su opinión científica, o*
 - ii) Aportar otro dictamen que verse sobre los mismos hechos que se contravienen, o*
 - iii) Realizar ambas actuaciones*

Por su parte la Ley 1437 de 2011, norma que regula lo referente al procedimiento administrativo, ha dispuesto la posibilidad de la objeción al error grave para dirimir algún vicio que presente el dictamen, el cual podrá ser solicitado por las partes al momento procesal en que se esté contradiciendo el informe pericial, y así lo consignó en el artículo 220, numeral 3;

(...)

El problema jurídico entonces es el siguiente: la Ley 1437 de 2011 ha dispuesto que el trámite de la objeción por error grave lo podrán solicitar las partes en la audiencia de contradicción del dictamen pericial, cuando así lo consideren pertinente. Pero el juez deberá tener en cuenta que las normas y las reglas aplicables a la pericial son aquellas que se regulan en el procedimiento civil (hoy Código General del Proceso); y una vez éste estudie las reglas generales, se encontrará con que la objeción por error grave, no es procedente toda vez que el Código General del Proceso, lo ha prohibido; el fallador deberá aplicar la hermenéutica legal para dirimir estos conflictos. (...)" (Destacado por la Sala).

Por lo anterior, es claro para la Sala que de manera general se ha dispuesto en la Ley 1437 de 2011, que la prueba pericial se adaptará a las disposiciones contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, bajo la excepción que lo no regulado de manera precisa por éste, se atenderá por las reglas del Código General del Proceso, lo que no es óbice para que las mismas puedan llegar a ser incompatibles con las disposiciones de los demás procedimientos, caso en el cual si se aplica el criterio hermenéutico de especialidad, primaría la norma contenida en el CPACA y del trámite del artículo 222 ibídem.

Aunado, la Sala precisa con respecto del dictamen pericial y la valoración probatoria dentro del medio de control de la referencia, que ha sido definido por la doctrina como el reconocimiento, análisis y evaluación que un experto realiza en relación con una persona, un objeto, un fenómeno o

un procedimiento, para establecer o excluir una realidad²². En tal sentido es indispensable recordar que es un medio probatorio que procede para verificar los hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de auxiliares de la justicia, quienes realizan un examen personal de las cosas o personas objeto del mismo, a través de experimentos e investigaciones, del cual se deduce claramente, que para que se pruebe un hecho mediante dictamen pericial (conducencia) es necesario que el mismo requiera para su verificación, de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, y que son indispensables para lograr la apreciación, deducción y entendimiento de ciertos hechos o sucesos de naturaleza “especial”.

En tal sentido, la doctrina expresada a través del conocido tratadista Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, págs. 351- 352. Tercera Edición, Edición Librería del Profesional, ha manifestado que la pericia por ser una declaración de ciencia, ya sea técnica, científica o artística, no recae sobre puntos de derecho, como así señala el artículo 226 inciso 3 del Código General del Proceso. Concordante con lo anterior el artículo 227 del CGP, mediante el cual señala que: “La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”.

De igual manera, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de enero de 2014²³, sostuvo lo siguiente:

*“(...) Tal como ha sido señalado por esta Corporación, “[l]a prueba pericial **se valora de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio el juez tiene la facultad de analizar el dictamen, no sólo por sus conclusiones, sino por los elementos que tuvo en cuenta para emitirlo. De manera que si alguno de esos elementos no otorga la certeza suficiente para soportar el dictamen, simplemente, el dictamen pierde su valor**”²⁴. (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Así las cosas, teniendo en cuenta las precisiones legales, jurisprudenciales y doctrinales, procede la Sala a destacar que en la misma audiencia celebrada el 19 de noviembre de 2018 (fl. 904 y CD 906), de las pruebas periciales apartadas por la parte demandante y la demandada CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S., en la audiencia del 10 de abril de 2019 (fl. 907-908 y CD 910), se destacan los siguientes aspectos:

²² Duque Q, Mauricio. Prueba Documental y Pericial, págs 325. Primera Edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

²³ Consejo De Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala Sentencia de 23 de enero de 2014. Radicación Núm.: 25000- 23-24-000-2005-00669-01. Actor: Distribuidora Comercial de Lentes Ltda. — Dicolentes Ltda.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2003, Rad. No. 25000-23-27-000-2006-00173-01. C.P.: Hugo Bastidas Bárcenas.

- El señor **LUIS ALFREDO CELY MORENO** (minutos 1:27:58 a 2:38:20- CD f. 906): En calidad de **perito de la parte demandante** y quien allegó con la demanda, el informe de patología estructural y contenido en el Anexo N°1, en audiencia, acotó que en el documento se estipuló que la construcción del edificio con altura de 7 pisos, fue la causante de las patologías en la casa. Así mismo refirió que observó asentamientos considerables que perturbaron la cimentación de la vivienda del señor MELQUESIDEC GALLO, y por ende la casa perdió gran porcentaje de capacidad de respuesta en un evento sísmico.

Precisó al momento de rendir su peritazgo que, para atenuar aumento en los asentamientos, se recomendó el desarrollo de una fase exploratoria en la estructura de la casa con el objetivo de elaborar un reforzamiento estructural y así agregar elementos más rígidos y flexibles, aumentando la capacidad de carga en la vivienda. Sobre este punto indicó que se debían realizar diferentes actividades de reforzamiento estructural de acuerdo a lo estipulado a las normas urbanísticas del sector, donde se debía cumplir lo dispuesta en la NORMA SISMO RESISTENTE NSR-10.

De igual forma afirmó que si se emprendía una acción legal y judicial por los daños causados en el predio del señor GALLO, se debía presentar solicitud tanto a la CURADURÍA URBANA N° 1 o a la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL sobre información relevante del proyecto de construcción a cargo de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. Finalmente dijo que era urgente una intervención al muro de la fachada principal localizado en la terraza, ya que presentaba gran riesgo de colapso y por tanto aconsejó realizar demolición total del muro para evitar inconvenientes. (ANEXO 1).

Dentro de la audiencia de pruebas en **ejercicio de la contradicción** del dictamen, el ingeniero LUIS ALFREDO CELY MORENO dijo que en el mes de abril de 2015 realizó una **visita de inspección ocular a la vivienda objeto de litis en donde se verificó que no tenía un sistema de resistencia sísmica**; no obstante así se aprobó la construcción en dicha época; relató que para verificar cómo estaba el inmueble antes de la construcción, éste lo evidenció por medio de fotografías presentadas por la parte actora ya que no se contaba con otro medio de prueba, refiriendo que no le constaba en qué fecha fueron tomadas.

Manifestó que cuando realizó la inspección ocular a la vivienda de los actores, observó que sus muros se encontraban afectados, afirmando sobre éste punto que la constructora debió tener en cuenta en el sistema de cimentación que la casa era susceptible de deformaciones. El ingeniero afirmó que algunas medidas eficientes para evitar daños a viviendas

colindantes era el aseguramiento del perímetro en caso de demolición, realizar dilatación para separarse de la estructura y garantizar que los movimientos de excavación no trajeran repercusiones.

Indicó que los daños observados en la vivienda eran grietas que causaban pérdida de resistencia teniendo alto grado de vulnerabilidad en un evento sísmico y la solución era plantear un reforzamiento estructural de la edificación ya que ante la ausencia de esto podía generar un colapso estructural. Manifestó que la casa se encontraba afectada en un 30%. Argumentó que cuando se otorgó la licencia de ampliación y modificación de la construcción ya se habían construido pisos adicionales que no estaban previstos en la licencia inicial. Agregó que las excavaciones realizadas por la constructora y la presunta ausencia de dilatación, provocaron el asentamiento en la vivienda de los actores. Relató que la ubicación de Duitama en una zona de amenaza sísmica podía tener afectación directa en los inmuebles. Añadió que el inmueble era inhabitable por los daños que tiene la misma.

Señaló que el asentamiento que se presenta en una construcción se enmarca en una zona específica que en éste caso fue en la parte colindante con el inmueble de la parte actora. Relató que no se pudo constatar quien fue el encargado de realizar la construcción de la vivienda objeto de litis; finalmente manifestó que no pudo comprobar el estado anterior de la vivienda y presumió de la buena fe de los señores GALLO que afirmaron que el inmueble objeto de controversia se encontraba en buen estado.

- A su turno, el señor **HÉCTOR JULIO SOSA VALDERRAMA** (minutos 1:03 a 37:17-CD f. 910): En calidad de **perito de la parte demandada**- CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S., allegó en el Anexo N° 2, el Informe de Análisis Patológico, y en audiencia insistió que la vivienda de los señores ALEBARDO y MARIO GALLO CÁRDENAS y LUZ DARY TAFUR LERMA, al no tener sistema estructural como determina la NSR 2010, era apreciada con alta vulnerabilidad sísmica y por esto, cualquier movimiento sísmico le afectaría fácilmente, más aún en los muros. De igual forma dijo que la vivienda debió atacar lo establecido en el POT de Duitama en su artículo 410 para ser reconocida como construcción.

Refirió que la constructora ORIZZONTE S.A.S. tuvo precaución de suscribir actas de vecindad con los propietarios de inmuebles adyacentes, pero que no se pudo suscribir tal acta con el señor GALLO ALVAREZ ya que no permitió continuar con la visita. Afirmó que la Constructora ORIZZONTE S.A.S. realizó la demolición de manera muy controlada sin afectar alguna vivienda colindante; que para la construcción de vigas de cimentación no

se requirió mayor excavación y que se llevó a cabo la dilatación correspondiente para evitar daños a viviendas colindantes.

Relató que, en las patologías observadas en fotografías, la vivienda presentaba humedades y agrietamientos presentes antes de la construcción del edificio, donde las fisuras y grietas de la fachada se debían a la alta vulnerabilidad de la vivienda a eventos sísmicos.

Finalmente recomendó una intervención estructural a la vivienda para cumplir la normatividad vigente NSR-2010 donde aquella construcción fuera capaz de resistir movimientos sísmicos sin mayor afectación y solucionar los problemas presentados. Indicó que dicho reforzamiento debía ser ejecutado por personal con conocimientos técnicos suficientes para la elaboración de este tipo de trabajos, garantizando la seguridad de la construcción y de sus residentes. (Anexo 2).

Dentro de la audiencia de pruebas en ejercicio de la contradicción del dictamen, el ingeniero HÉCTOR SOSA manifestó que en el año 2017 el señor HOLLMAN LÓPEZ, representante legal de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. solicitó la realización de un estudio de patología a la vivienda de los actores, indicando que le fue negado el acceso a la vivienda y por tanto realizó una inspección visual únicamente a la fachada. Señaló que de acuerdo a fotografías de la vivienda tomadas antes de la construcción de obra nueva se podían evidenciar anomalías en su estructura, sin sistema sismo resistente, siendo vulnerable a movimientos sísmicos; manifestó que el primero código de sismo resistencia emitido en el año de 1984 y sobre el cual debía haberse construido la edificación de los hoy demandantes se indicaba que la mampostería no reforzada no podía utilizarse en las zonas de riesgo sísmico intermedio o alto y por ello dicho inmueble incumplió con la normatividad vigente.

De la misma manera, indicó que según fotografía tomada en el año 2013, antes de la demolición por Google Heart se observan grietas por humedad y deterioro de materiales en la parte superior; supone también una bajante de aguas lluvias que afectan la estructura, de igual forma observó muro sencillo en zonas donde se requería muro doble; con ello indicó que dichas afectaciones eran muy comunes debido a la estructura antigua de la vivienda y los movimientos sísmicos. Informó que, para la construcción de cualquier edificación, la constructora debe hacer trámites ante curaduría; posteriormente efectuar actas de vecindad, luego se realizan análisis técnicos para llevar a cabo el proceso constructivo; al iniciar la construcción se deben hacer dilataciones para la excavación; que en el caso concreto no se hizo mayor excavación en cuanto a movimiento de tierras. Destacó que la constructora cumplió lo establecido para el

desarrollo de la obra por cuanto se amparó en la normatividad vigente y además tuvo mucha precaución en la etapa de construcción y además utilizó concretos de buena calidad.

Resaltó que en la parte izquierda del edificio se encontraba otra construcción de dos pisos, la cual contaba con sistema sismo resistente y no tuvo ninguna afectación a raíz de la construcción de edificio. Finalmente argumentó que la causa de los daños que se presume tenía la vivienda eran daños debido a la vulnerabilidad de la vivienda por no tener sistema sismo resistente y estar ubicada en una zona de movimientos sísmicos altos.

Indicó y probó matemáticamente que la ampliación de la obra en el aumento de pisos no afectó en absoluto el suelo teniendo en cuenta la capacidad real de soporte del mismo. Indicó que la Curaduría para el otorgamiento de licencias urbanísticas exige en primera medida un estudio de suelos, diseño arquitectónico, diseño estructural, entre otros; y lo que dicha entidad observa es que el estudio de suelos se ajuste a la norma, que la construcción de la obra se ajuste a dicho estudio; de igual forma verifica que ese estudio arquitectónico se ajuste al POT. De la misma forma manifestó que la Oficina de Planeación para la época de los hechos era la entidad encargada de vigilar y controlar el desarrollo de las obras urbanísticas.

Finalmente señaló que en caso de no haberse llevado a cabo la demolición y posterior construcción de obra nueva en el predio colindante de los señores GALLO, el predio de los demandantes estaría en las mismas condiciones que actualmente presentaba

- La señora **XIOMARA LARA BLANCO** (minutos 39:43 a 1:13:11- CD f. 910): En calidad de ingeniera civil con respecto al **avalúo del inmueble del predio** de los demandantes, contenido en el Anexo N° 3, indicó que en febrero de 2017, fue contactada por el representante legal de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. para realizar un avalúo de la vivienda ubicada carrera 25 No. 20-78. Refirió que para dicho proceso primero se identificaba la escritura pública y se hacía una inspección ocular al sitio de la vivienda y al sector de la misma; se anexaban de igual forma fotografías para analizar temas estructurales de la vivienda. Manifestó que no fue posible entrar en la **vivienda de los demandantes; no obstante, se realizó una inspección ocular externa en el lugar y se analizó el uso de suelo para dicha zona.** Agregó que en el certificado de libertad y tradición se observaba que no aparecía la construcción de la vivienda, únicamente se resaltaba la existencia de un lote; sin embargo, para determinar el impuesto predial aparecían 213 metros cuadrados construidos.

Aseveró que teniendo en cuenta el análisis a las casas del sector se determinó el valor del metro cuadrado en \$600.000 y esto multiplicado por los 213 metros daba un valor total de \$127'800.000; y si se multiplicaba por el 67.61% arrojaba un valor de \$86'405.580. Finalmente argumentó que para calcular el avalúo del inmueble tuvo en cuenta la antigüedad del mismo, el mal estado de sus estructuras, el mantenimiento, la cancelación de los servicios públicos y el abandono de la vivienda.

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial aplicable y los hechos probados indicados en precedencia, procede la Sala a resolver los cargos de apelación, iniciando desde la acreditación del daño alegado, de la siguiente manera:

3.6. Cargo de apelación: Elementos probatorios que respaldan el daño antijurídico y el nexo causal

Apreciadas las pruebas en su conjunto, la conclusión a la que arriba esta Sala es que la parte demandante no demostró las afirmaciones realizadas en la demanda dado que no cumplió con la carga probatoria que le imponía el artículo 167 del Código General del Proceso, por cuanto no acreditó que los daños que actualmente presenta la vivienda de su propiedad se hubiesen generado con ocasión de la demolición y posterior construcción de obra nueva a cargo de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S.

En los documentos destacados en el acápite de hechos probados, se corroboró que las Curadurías Urbanas Nos. 1 y 2 de Duitama otorgaron licencia de construcción y licencia de ampliación y modificación de construcción a la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S.; y para los días comprendidos del 16 al 21 de septiembre de 2013, se realizaron **actas de vecindades**, sin poderse verificar las condiciones completas e internas de la vivienda de los señores LUZ DARY TAFUR LERMA, ABELARDO y MARIO GALLO CÁRDENAS, en su calidad de dueños del inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 de Duitama identificado con el número de matrícula inmobiliaria 074-81653, por la renuencia de los demandantes y de lo cual se plasmó como observación.

De igual manera, se verificó que el 18 de septiembre de 2013 se iniciaron las actividades de demolición y pese a que los demandantes, como propietarios, realizaron múltiples reclamaciones con el fin de obtener reparación de los presuntos daños a su vivienda ocasionados por la intervención, la demolición y posterior construcción de obra nueva en el predio aledaño, no se lograron probar las condiciones previas del inmueble, y en consecuencia, si los daños alegados correspondían a la ocurrencia de tales circunstancias, en virtud a que ellos, no permitieron el ingreso para realizar el acta de vecindad, el

informe de análisis patológico expedido por el ingeniero HÉCTOR SOSA, ni el avalúo a cargo de la ingeniera XIOMARA LARA.

Aunado y de acuerdo a la valoración probatoria completa, la Sala verifica que en el anexo 3 de 227 folios, la Oficina Asesora de Planeación de Duitama el 24 de julio de 2018, allegó todo el trámite ante las Curadurías Urbanas Nos. 1 y 2 de Duitama, para el otorgamiento de la licencia de construcción en el desarrollo del proyecto de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S, en el predio ubicado en la carrera 25 No. 20-88 de dicha localidad, destacándose del procedimiento lo siguiente:

- ✓ Licencia otorgada (C2LC0038-2013);
- ✓ Parámetro de construcción de la Asesoría de Planeación de Duitama;
- ✓ Certificado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi sobre la información del predio y el certificado de libertad y tradición del inmueble;
- ✓ Certificado de la existencia de redes de acueducto y alcantarillado emitido por EMPODUITAMA y certificado de cobertura del servicio de energía eléctrica emitido por la EBSA;
- ✓ Planos hidrosanitarios y memorias del proyecto "EDIFICIO MULTIFAMILIAR";
- ✓ Planos arquitectónicos y estructurales, detallados de la estructura del inmueble a construir y estudio de suelos emitido por el ingeniero JAVIER VARGAS; y
- ✓ Memorias de cálculo proyecto estructural.

Lo anterior permite a juicio de la Sala reconocer el cumplimiento del deber legal y en tal sentido, el otorgamiento de la licencia para la construcción y ampliación del inmueble contiguo al de los demandantes, escapa de la antijuricidad, por cuanto la construcción cumplió con la norma sismo resistente NSR -2010²⁵ y su ejecución se llevó a cabo con los estudios, diseños, permisos y licencias pertinentes; es decir que el inmueble cumplió con las normas urbanísticas y en tal razón, no generó graves afectaciones en la vivienda de los demandantes.

Adicionalmente, de los apartes extraídos de la documentación antes referida, se corrobora con el dictamen allegado por la parte demandante y contenido en el anexo 1 y de la contradicción del mismo en audiencia, el informe de patología estructural presentado por el Ingeniero LUIS ALFREDO CELY MORENO, del cual se puede concluir que en su criterio las afectaciones estructurales que presenta la vivienda objeto de litigio se debieron a la demolición y posterior construcción del edificio a cargo de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S.; no obstante al referirse al supuesto

²⁵ Reglamento colombiano de construcción sismo resistente

estado anterior de la vivienda afirmó que no le constaba y que acudió a la buena fe de los actores en la afirmación que para antes de iniciar dichas obras, la vivienda se encontraba en perfecto estado soportando dicha información en fotografías que carecen de circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Igualmente, al valorar el dictamen pericial allegado por la parte demandada, contenido en el anexo N° 2, en el análisis realizado por el ingeniero HÉCTOR JULIO SOSA VALDERRAMA, se resalta la manifestación, relacionada con que la inspección externa que le realizó a la vivienda de los demandantes, y según fotografías presentadas por Google Heart para la fecha anterior a la iniciación de obras, se pudo constatar que ésta ya presentaba humedades, agrietamientos, fisuras de la fachada, bajante de aguas lluvias que afectaban la estructura y la construcción de muro sencillo en zonas donde se requería muro doble, debido a la alta vulnerabilidad de la vivienda a eventos sísmicos. Otro punto a resaltar fue con respecto a la afectación en el aumento de pisos del edificio, donde matemáticamente ilustró que el aumento de pisos no afectó en absoluto el suelo teniendo en cuenta la capacidad real de soporte del mismo, coligiendo el peritaje de acuerdo a su experiencia que el estado actual de la vivienda de los actores no sería distinto si nunca se hubiera realizado la demolición o construcción de obra nueva, debido a que ante la ausencia de una estructura sismo-resistente y a la ubicación de la vivienda, era inevitable su deterioro.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos probados y al valorar las pruebas allegadas, se considera que para estudiar la responsabilidad del estado y analizando el primer elemento sustancial en la configuración del régimen subjetivo- falla del servicio, **el daño antijurídico que presuntamente sufrió la parte actora, no se encuentra acreditado**, por cuando no es posible tener la certeza del estado de la vivienda antes de iniciar las obras de demolición y construcción de obra nueva a cargo de la CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S., sin que desconozca la Sala que si bien se observan en el plenario fotografías del interior y exterior de la vivienda donde se observa la misma en buen estado, **no es posible acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas**.

Aunado a lo anterior, el artículo 243²⁶ del C.G.P., incorpora las fotografías dentro del listado de documentos. Con la demanda fueron allegados informes de visita técnica²⁷ que contienen material fotográfico, prueba que para el caso concreto no puede ser valorada, como quiera que no es

²⁶ **Artículo 243.-** Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, **fotografías**, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (Negrillas de la Sala).

²⁷ Elaborados por el Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres del Municipio de Tunja - fls. 122 a 124 c.1; 133 a 134 c.1; 136 a 139 c.1; 141 a 143 c.1 y 145 a 148 c.1.

factible apreciarse claramente su contenido, es decir, se dificulta en gran medida observar los elementos dentro de la escena capturada y los hechos que se le atribuyen a la imagen.

Sobre el valor probatorio de las fotografías el Consejo de Estado señaló:

“se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.”²⁸

Con todo, se destaca que, si bien el dictamen aportado por la parte demandante indica que los daños sufridos al inmueble objeto de litigio son producto de la demolición y construcción del PROYECTO ORIZZONTE1, al contrainterrogar al perito se acredita que no le consta el estado anterior de la vivienda y que únicamente basó el supuesto estado en fotografías que le aportaron los actores, existiendo plena duda del estado real de la misma.

Sumado a ello, en el proceso de referencia no existe prueba plena del acta de vecindad suscrita por el propietario del inmueble ubicado en la carrera 25 No. 20-78 de Duitama, la cual permitiría constatar el estado real de la vivienda antes del inicio de obras, la cual no se pudo obtener precisamente porque él no lo permitió, así como tampoco la firmó.

En tal sentido, cabe resaltar que al ingeniero HÉCTOR SOSA, al realizar el informe de patología al inmueble de los actores y a la ingeniera XIOMARA LARA, con respecto a la realización del avalúo del inmueble, se les impidió el ingreso a la vivienda, lo que a juicio de la Sala era imposible determinar si efectivamente el daño que presentó el inmueble se debía a la acción u omisión del Estado, ya que el demandante no cumplió con la carga de la prueba.

Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado ha dicho:

“(…) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. No. 08001-23-31-000-1997-11812-01(27353), C.P. Dr. Enrique Gil Botero

*solidario*²⁹. En este sentido se ha señalado que "en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico"³⁰ (...).

En ese orden de ideas, del acervo probatorio que reposa en el plenario, no encuentra la Sala la existencia del alegado daño por los demandantes, requisito *sine qua non* a efectos de determinar la eventual responsabilidad de los demandados.

En virtud de lo considerado, igualmente para esta la Sala, el Municipio de Duitama, no incumplió con su función de control y vigilancia de la actividad urbanística, en virtud a que contrario sensu a lo manifestado por la parte demandante, la Oficina Asesora de Planeación de Duitama dando respuesta al derecho de petición elevado por el señor HOLLMAN LÓPEZ, indicó que según visita de inspección a la vivienda de propiedad de los demandantes, ubicada en la carrera 25 No. 20-78, se observó agrietamientos en los muros, fisuras del piso y problemas con la apertura de puertas; no obstante, no se logró verificar que la vivienda de los demandantes, haya sido afectada por la construcción colindante toda vez que no se evidenciaron las actas de vecindad que constataran el estado del inmueble antes de la construcción nueva, es decir no existe un rango de comparar las circunstancias alegadas por la parte interesada.

La instancia colige que no reposan pruebas que señalen que los daños pretendidos por la parte actora, se generaron por la omisión de la administración en cuanto a su deber de control y vigilancia de las normas urbanísticas, en tal sentido, la omisión alegada con la demanda, en relación al ente territorial, tampoco fue probada.

Tampoco reposa **prueba eficiente** que permita determinar el origen y las condiciones específicas y técnicas del mal estado de la vivienda de propiedad de los demandantes y si en efecto, la demolición, la construcción y ampliación contigua, derivada de la licencia, **fueron la causa definitiva** del daño de la vivienda de los demandantes y si en efecto saturó la red estructural del inmueble de los actores, en tanto no se tuvo conocimiento previo del estado, ni del cumplimiento de las normas de sismo resistencia.

Así las cosas y como quiera que la parte demandante no logró acreditar la existencia del daño que según su dicho sufrieron como consecuencia del proceso constructivo de la vivienda ubicada en la carrera 25 N° 20-88 de la ciudad de Duitama, fuerza concluir que las pretensiones de la demanda, ni

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601

los cargos de apelación, tienen vocación de prosperidad, **en tanto no se probó en debida forma el primero de los elementos del juicio de responsabilidad como lo es el daño antijurídico**, siendo esto carga probatoria de la parte demandante³¹.

Recuerda la Sala que cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones. En otros términos, le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, conforme lo establece el artículo 167 ya citado, como lo sostuvo el Tratadista Francisco Carnelutti³²:

"Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

"Prueba, como sustantivo de probar es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas: en este segundo significado. Prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón". (Negrilla fiera de texto)

Así las cosas, al no existir la configuración del daño antijurídico, no es procedente entrar al debate en torno a la **imputación**. Al respecto, la Sala considera que no se probó que las averías que presentaba el inmueble, constituían un menoscabo que devino de una acción u omisión de los demandados, así que no es posible encontrar una relación de causalidad si se quiere, material, entre el daño y la actividad de la Administración y los particulares que ejercían la actividad de construcción.

De lo anterior, se considera que la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política³³ y como en el presente caso ni siquiera se probó el daño como principal elemento del juicio de responsabilidad, no es procedente continuar con el estudio de los demás

³¹ Conforme al artículo 167 del CGP "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

³² CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398399.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

cargos de apelación, pues en los términos del inciso³⁴ final del artículo 140 del CPACA, el estudio de la legitimación en la causa por activa o pasiva, solo es procedente cuando se encuentra acreditado el daño alegado para determinar la responsabilidad y participación de los demandados.

Las razones expuestas hasta acá son suficientes para confirmar la sentencia apelada, ya que ante la **falta de acreditación de un menoscabo cierto resulta inoficioso avanzar a la etapa de imputación**³⁵.

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. -

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de “valorativo”³⁶, la Sala condenará en costas a la **parte demandante (apelante)** y a **favor únicamente**³⁷ de los demandados CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y JIMMY LEONARDO LÓPEZ MARQUEZ, en razón a que aparece probada la causación y fue vencida en el proceso, sin perjuicio que la modificación respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva fue parcial. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP³⁸, por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia preferida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

³⁴ En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

³⁵ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2009-00247 (38824), nov. 10/2017, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (e): “(...) Cabe reiterar en esta oportunidad que el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala ‘sin daño no hay responsabilidad’ y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

³⁶ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

³⁷ En virtud a que el Municipio de Duitama no ejerció en la oportunidad de traslado la presentación de alegatos

³⁸ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante** y a favor únicamente de los demandados **CONSTRUCTORA ORIZZONTE S.A.S. y JIMMY LEONARDO LÓPEZ MÁRQUEZ**, conforme a lo expuesto en precedencia. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado