Radicado No. 13-001-33-33-008-2013-00093

Cartagena de Indias D. T y C, veinticinco (25) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	**REPARACION DIRECTA**
Radicado	**13-001-33-33-008-2013-00093-00**
Demandante	**HILARIO JOSÉ SORACA TURIZO Y OTROS**
Demandado	**INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS**
Tema	**OBRA PÚBLICA – AFECTACIÓN ESTABLECIMIENTO COMEERCIAL**
Sentencia No	**0174**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de REPARACIÓN DIRECTA presentada por **HILARIO JOSÉ SORACA TURIZO Y OTRO**, a través de apoderada judicial, contra **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS.**

2. ANTECEDENTES

- **PRETENSIONES**

PRIMERO: Que se declare responsable a INVIAS, por los daños ocasionados a los demandantes por la construcción del puente que va en la vía Bodega- Mompox Bolívar, sobre el caño el Violo que une los sectores oriental y occidental de la cabecera municipal de Cicuco, por la firma Consorcio Cicuco.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a INVIAS a pagar a los demandantes la suma de $80.000.000 por concepto de daño emergente, más el lucro cesante que se liquide o resulte probado.

TERCERO: Que se condene a INVIAS a pagar a los demandantes el valor equivalente a 200 SMLMV por concepto de perjuicios morales.

CUARTO: Que se actualice el valor de los perjuicios a la fecha de la sentencia y del pago efectivo de los mismos.

QUINTO: Que se le dé cumplimiento al fallo, dentro de los términos señalados en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- **HECHOS**

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1. Dentro del Proyecto de Construcción del Puente que va en la vía Bodega - Mompox Bolívar, sobre el caño el violo, que une los sectores Oriental y Occidental de la cabecera Municipal del Municipio de Cicuco, que actualmente ejecuta la firma Consorcio Cicuco, representada legalmente por el Ing. Esteban Macías Vargas, se viene ocasionando *perjuicios de índole material* y *moral a las familias de los sellares* HILARIO SORACA TURIZO e HILARIO JOSE SORACA TURIZO *que*

no tiene el deber jurídico de soportarlo, por cuanto residen en la calle 6 N° 2-49 del sector Oriental o Punta de Cartagena, de la cabecera Municipal de Cicuco colindante con estas obras.

2. Estas obras, como se pueden observar en los anexos de este escrito, tienen la virtualidad de ocasionar perjuicios como de hecho viene pasando, por el cambio en la forma de vida de estas familias por las condiciones generadas con la construcción de dicha obra, como también, la afectación a su propiedad y a su actividad comercial.

3. Estos perjuicios materias y morales se representan de la siguiente manera: los primeros en dos variedades. Daño emergente en la vivienda Familiar Ubicada calle 6 N° 2-49 del sector Oriental o Punta de Cartagena, de la cabecera Municipal de Cicuco se encuentra una zona próxima a las obras de construcción del puente en referencia, y por la utilización de las distintas Maquinarias pesadas ocasionan deterioro estructural en el inmueble. Además, la pérdida de valor del bien inmueble, por esta causa, como al igual, la zona de ingreso por la vía principal (carretera bodega-Mompox) y la calle 6.

4. Asimismo, la afectación directa a la actividad comercial de la cual deriva su sustento, por cuanto, las actividades realizadas para la ejecución de las s obras, ocasionaron la baja afluencia de clientes, y por consiguiente, la venta de artículos como víveres y abarrotes, decayendo por completo la fuente de sus ingresos. En este mismo sentido, los perjuicios ocasionados por las ganancias dejas de percibir durante todo este tiempo representado en el lucro cesante ocasionado en la afectación directa de su actividad económica.

Los segundos, consisten en la afectación en la integridad moral de las Familias de HILARIO SORACA TURIZO e HILARIO JOSE SORACA TURIZO, compuesta por el señor HILARIO SORACA TURIZO (padre), Manuel Socará Turizo (hijo), María Josefa Socará Turizo (hija), y a la Familia de HILARIO JOSE SORACA TURIZO (hijo), Yesenia Reyes Arquez (compañera), Yohandry Soraca Reyes (hija), Yohendry Soraca Reyes (hija) ocasionándole depresión y angustia por la continua y permanente sometimiento y exposición a condiciones inherentes a una obra de gran envergadura como es la construcción de un puente de doble vía frente a su vivienda, y la afectación a la salud y aun ambiente sano por el continuo tránsito de materiales, vehículos, ruido y olores, ocasionados por obra. Mas a un, cuando el impacto sobre la infraestructura pública como el alcantarillado, lia ocasionado la emisión de continuos malos olores, la erosión y socavación por las corrientes de aguas lluvias sobre el sector.

- <u>FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES</u>

La presente demanda de Acción de Reparación Directa, encuentra su fundamento o sustento en la responsabilidad que les asiste al estado, en razón a los hechos invocados como referente al daño antijurídico ocasionado a los demandantes en razón a la ejecución del Proyecto de Construcción del Puente en el Municipio de Cicuco, Bolívar. En este sentido, el artículo 90 de la C.P, impone el deber al estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas a las personas que no tiene el deber jurídico de soportarlos.

Las obras que se están realizando están causando un perjuicio a los accionante, por cuanto, les ha cambiado su forma de vida, positivamente como debe ser, sino las actividades conexas a la construcción del puente, están afectando su propiedad, su actividad comercial, su emocional y familiar, situación que se evidencia en las pruebas allegadas a esta acción, demostrándose el daño antijurídico causado HILARIO SORACA TURIZO e HILARIO JOSE SORACA TURIZO, su familias y sus bienes, el cual, tiene relación directa a la ejecución de la obra. Por lo tanto, no es por culpa de la víctima los daño causados, sino por la acción del estado por causa de trabajos públicos imputables en razón a un particular que obra siguiendo las instrucciones del INSTITUTO

NACIONAL DE VÍAS "ÍNVIAS" TERRITORIAL BOLÍVAR, por lo cual, no debe quedar exonerado de la responsabilidad que tiene de que resarcir los perjuicios causados.

En concepto del Consejo de Estado en sentencia del 16 de agosto de 2007, sección tercera, expediente N°. 30114, radicado 41001233100019930758501, M.P Dr. Ramiro Saavedra becerra; El juez como se desprende de la del consejo de estado, debe garantizar la dignidad humana de estas personas no solo con el simple resarcimiento del daño sino también adoptando medidas de tal manera que queden indemnes ante el daño sufrido para que recuperen la confianza en el estado y tengan la certeza que de que no se volverán a repetir estos hechos. En este sentido, se colige que estando el estado en la responsabilidad de proteger la vida digna en la sociedad y al este no satisfacer el deber que la constitución le impone y a causa de este incumplimiento se genere daño como sucedió en el presente caso queda en evidencia su responsabilidad, resultando obligado a reparar los perjuicios causados.

- **CONTESTACIÓN**

- **INVIAS**

Manifiesta que ese instituto mediante proceso de licitación pública adjudicó el contrato No. 2861 de 2009, al Consorcio CICUCO, integrados por las firmas S & M INGENIERIA LTDA, CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA, JULIO BAHAMON VANEGAS y HERNAN BENEDICTO ACOSTA DELGADO, quienes lo vienen ejecutando; y cuyo objeto es la construcción del puente El Limón de la carretera la Bodega - Mompox Ruta 7803, por valor de $7.927.195.159.

Antes de iniciarse las obras, el INVIAS compró los inmuebles que se necesitaban para la construcción del puente y no se requirió ninguna franja de tierra de los demandantes, por estar fuera de radio de acción de la obra. En la actualidad y paralelo a la realización de las obras, los demandantes viven normalmente en sus habitaciones y explotan una tienda de víveres al menudeo.

Para la ejecución del contrato el contratista constituyó la póliza de cumplimiento de entidades estatales No. CEST 2089, y de responsabilidad extracontractual para responder por terceros: RCCU -408 de Aseguradora COLSEGUROS S.A. (ALLIANZ SEGUROS S.A), las cuales fueron aprobadas conforme a ley; y se impartió orden de inicio del contrato a partir del día 24 de diciembre de 2009 mediante oficio suscrito por el Secretario General Técnico del INVIA.

Por lo anterior se oponen a las pretensiones, e interpone las excepciones de FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA y GENÉRICA.

- **JULIO BAHAMON VANEGAS y HERNAN BENEDICTO ACOSTA DELGADO**

Indica que con la demanda no se aportaron pruebas que acredite, en primer lugar, la relación de causalidad entre la construcción de la obra y los daños padecidos, a la par la existencia real de los mismos; de esa manera las pretensiones de la demanda no tienen soporte alguno, se echa de menos planos, mediciones, cálculos o elemento técnicos que soporten las afirmaciones acerca de los daños materiales descritos en la demanda.

Ahora, si bien el demandante acredita la calidad de propietario del inmueble ubicado en la Calle 6 No. 2-49 dl municipio de Cicuco, dicha condición no es suficiente para probar la existencia del daño, pues se requiere que el mismo tenga el carácter de cierto, situación que no se encuentra acreditada. Por otro lado, el señor José Soraca Turizo formula sus pretensiones en calidad e

comerciante, sin que haya acreditado su inscripción en la Cámara de Comercio respectiva, lo cual excluye la calidad con la que se anuncia. Presenta como excepción la inexistencia de prueba que acredite el daño antijurídico y el nexo causal.

- ALLIANZ SEGURO S.A.

No dio contestación a la demanda.

- S Y M INGENIERIAS SAS

No dio contestación a la demanda.

- CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA

El profesional del derecho designado como curador ad litem, manifiesta no tener certeza de los hechos, en razón de ello se atiene a lo que resulte probado.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 08 de marzo de 2013, siendo inicialmente inadmitida, y posteriormente admitida mediante auto fechado 07 de mayo de 2013, y notificada al demandante por estado electrónico 013 de aquel año.

Se notificó a la parte demandada INVIAS, quien realizó llamamiento en garantí y denuncia del pleito a ALLIANZ SEGUROS S.A., JULIO BAHAMON VANEGAS, HERNAN BENEDICTO ACOSTA DELGADO, S Y M INGENIERIA SAS y CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA, y a esta última se le designó curador ad litem.

Posteriormente, por auto fechado 27 de marzo de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el dia 24 de mayo hogaño, conforme con el artículo 180 del CPACA. Llevada a cabo esta diligencia, se fija el día 10 de julio de 2017 para realizar audiencia de pruebas, en la cual se incorporan documentos, reciben testimonios y se cierra debate probatorio, además se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA:

- INVIAS

No presentó alegatos de conclusión.

- JULIO BAHAMON VANEGAS y HERNAN BENEDICTO ACOSTA DELGADO

Reitera esencialmente la motivación expuesta en la contestación, esto es que no existen pruebas que acredite, en primer lugar, la relación de causalidad entre la construcción de la obra y los daños padecidos, a la par la existencia real de los mismos; de esa manera las pretensiones de la demanda no tienen soporte alguno, se echa de menos planos, mediciones, cálculos o elemento técnicos que soporten las afirmaciones acerca de los daños materiales descritos en la demanda.

Siendo que el señor José Soraca Turizo formula sus pretensiones en calidad e comerciante, no acreditado su inscripción en la Cámara de Comercio respectiva, lo cual excluye la calidad con la que se anuncia, así como tampoco arrima soportes contables para acreditar el daño antijurídico de disminución de ingresos. Destaca igualmente que los demandantes no fijan el fundamento de la indemnización por daño emergente estimada en $80.000.000; vemos igualmente que el apoderado accionante carece de poder para pedir indemnización a favor de Manuel Soraca Turizo, María Soraca Turizo, Yesenia Reyes Arquez, Yohendry Soraca Reyes.

Culmina resaltando que l parte accionante no cumple con las exigencias que al respecto impone el artículo 167 CGP, por lo que se solicita desestimar las pretensiones de la demanda

- CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA

El curador Ad Litem destaca que de las pruebas recaudadas se verifica que la construcción del puente El Limón no afectó el inmueble de los accionantes, en razón a que el predio localizado en la calle 6 No. 2-49 de Cicuco se encuentra retirado de la ejecución del proyecto, esto es, no se encuentra en el área de influencia de la obra, tanto así que en razón de ello no se levantó acta de vecindad, por lo que no existió siquiera oferta formal de compra. Conforme a lo anterior es claro que se deben denegar las pretensiones de la demanda.

- ALLIANZ SEGURO S.A.

No presentó alegatos de conclusión.

- S Y M INGENIERIAS SAS

No presentó alegatos de conclusión.

MINISTERIO PUBLICO: No presentó concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, aunado al mandato del artículo 282 del Código General del Proceso, y la manifestación de la parte demanda en sus alegatos, en cuanto a la excepción de caducidad, siendo esta de carácter mixta, entra este Despacho a estudiar la misma.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de los entes demandados, en razón de los posibles perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión a la construcción del puente que va en la via Bodega- Mompox Bolívar, sobre el caño el Violo, que une los sectores oriental y occidental de la cabecera municipal de Cicuco, por la firma Consorcio Cicuco.

- TESIS

No ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado la reparación de los daños antijurídicos cuya causación imputa a la acción o a la omisión de una autoridad pública y que con tal propósito ejerce la acción de reparación directa, tiene la carga de acreditar, en el proceso, la concurrencia de los elementos inherentes al régimen de responsabilidad en el cual ampara sus pretensiones; si se trata del título jurídico de imputación consistente en el daño especial derivado de un alegado desequilibrio frente al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante a las cargas públicas, elementos de cuya demostración pende ineluctablemente la prosperidad de las pretensiones de la demanda, son el daño cuya reparación se reclama, de un lado y, de otro, el vínculo causal existente entre dicho daño y la acción u omisión atribuible a una autoridad estatal, siempre que desde el punto de vista ontológico resulte viable el establecimiento de dicho ligamen causal, carga que en el sub lite debía haber cumplido el demandante puesto que desde una perspectiva estrictamente fenomenológica podría tenerse como factible y, por tanto, debía haberse acreditado en debida forma, que la mengua en los ingresos del accionante, en primer término, realmente se produjo y, en segundo lugar, que había consecuencia directa de la construcción del vía en frente del establecimiento de comercio de su propiedad.

Para el Despacho no ofrece discusión alguna la circunstancia consistente en que en el presente caso la parte actora no satisfizo la exigencia de allegar los elementos demostrativos suficientes para tener por acreditada la presencia del aludido ligamen causal, por manera que respecto de la existencia del mismo y con base en el material probatorio acopiado, no puede menos que concluirse que las aseveraciones contenidas en la demanda en relación con los presupuestos fácticos de la misma no pasan del terreno de las simples afirmaciones, carentes de todo respaldo acreditativo en el plenario, siendo absolutamente claro que la carga de la prueba de tales hechos en el proceso, se insiste, incumbía a la parte interesada en demostrar que concurren, en el sub júdice, los elementos exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política para que el juez pueda ordenar al Estado la reparación de los daños antijurídicos que, con su acción u omisión, éste hubiere ocasionado.

El vacío probatorio evidenciado y, en este caso concreto, la aplicación de las reglas de la carga de la prueba a las cuales se viene de hacer alusión, llevan a esta Judicatura a atribuir las consecuencias desfavorables de su incompleta y falta de técnica probatoria a la parte sobre la cual recaía el onus probandi, esto es a la accionante, razón por la cual habrán de desestimarse las súplicas de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados[1], sin distinguir su condición, situación e interés[2].

[1] La *"responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización"*. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida

Según lo prescrito en el articulo 90 de la Constitución, 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[3], tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional).

En varias oportunidades el Consejo de Estado ha estudiado el régimen de responsabilidad aplicable a los casos en que se reclama la indemnización por los perjuicios causados con el ejercicio de una actividad licita de la Administración bajo el denominado régimen por daño especial. Sobre este asunto la jurisprudencia ha señalado:

> ***"7. Responsabilidad por daño especial.***
>
> *"Más, surge de la jurisprudencia compendiada, que, aún la actividad estatal absolutamente legitima, tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta.*
>
> *"Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración y lógicamente, con mayor razón, la derivada de las vías de hecho.*
>
> *"Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.*
>
> *"Surge pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base*

---

en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política *"consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos"*. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

[2] La *"razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal"*. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

[3] Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *"los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado"*. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues *"menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'"*. Sentencia de 13 de julio de 1993.

en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o "vías de hecho".

"Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el ***petitum*** *posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la* ***causa petendi****, que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u objetiva, frente a las otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables.*

"En efecto, causa para pedir en el Contencioso Subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de ésta, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de la actuación estatal en la pretensión indemnizatoria por las vías de hecho la causa para pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial"[4].

Se trata entonces de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

La procedencia del régimen de responsabilidad por daño especial se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos[5]:

"1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legitima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

"Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.

"2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

"3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

---

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 1482. Sentencia del 28 de octubre de 1976. M.P.: Jorge Valencia Arango. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 10392. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

"Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

"En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios ..."

De otro lado, y en razón a que se pide indemnización por afectación a una actividad comercial, se debe recordar lo preceptuado en los artículos 1, 10, 13 y 20-12 del Código de Comercio —C.Co.—, los cuales se transcriben a continuación con el fin de ilustrar cómo evidentemente resultan aplicables a la actividad y a la condición ostentada por el aquí demandante para el momento en el cual ocurrieron los hechos que originaron el presente litigio:

"Artículo 1. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

Artículo 10. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

Artículo 13. Para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

1. Cuando se halle inscrita en el registro mercantil.
2. Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y
3. Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio.

Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales:
(...)
12. Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes[6]" (subraya la Sala).

Claro como se encuentra que el demandante tenía, para el momento en el cual ocurrieron los hechos que dieron lugar al proceso *sub examine*, la calidad de comerciante y, por consiguiente, que a su actividad le resultaba aplicable la legislación mercantil, es necesario hacer referencia a los deberes que la ley impone, de manera general, a la totalidad de los comerciantes, entre los cuales se encuentran aquellos que enlista el artículo 19 del Estatuto Mercantil, por cuya virtud:

"Artículo 19. Es obligación de todo comerciante:

1.- Matricularse en el registro mercantil;

2.- Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;

[6] No se olvide que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 25 C.Co, *"[S]e entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio"*.

> 3.- Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
>
> 4.- Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;
>
> 5.- Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles;
>
> 6.- Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal".

El anteriormente referido mandato coincide con aquél contenido en la parte inicial del artículo 48 del mismo Estatuto Mercantil, a cuyo tenor:

> "Artículo 48.- Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de éste código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistema que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia. Así mismo será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios" (énfasis añadido).

A ello se agrega la disposición legal contenida en el artículo 49 de la misma obra, según el cual la referencia normativa a los libros de comercio tendrá un sentido preciso y claro, de conformidad con el siguiente texto:

> "Artículo 49.- Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos".

Dichos libros de contabilidad, bueno es recordarlo, deben inscribirse en el correspondiente registro mercantil de conformidad con los dictados del numeral 7 del artículo 28 del mismo Código de Comercio, cuyo texto reza:

> "Artículo 28.- **Deberán inscribirse en el registro mercantil:**
> (...)
> 7.- Los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles".

No menos imperativa y clara resulta la directriz que contiene el artículo 50 del referido conjunto normativo, mediante el cual se definen los requisitos mínimos que deben estar presentes en la contabilidad de cualquier comerciante en Colombia, a saber:

> "Artículo 50.- La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno".

Igualmente resulta pertinente traer a colación el artículo 52 del Estatuto de los comerciantes, en virtud del cual se impone a éstos el deber de efectuar balances generales con periodicidad mínima de un (1) año:

> "Artículo 52.- Al iniciar sus actividades comerciales **y, por lo menos una vez al año, todo comerciante elaborará un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio**".

Por su parte, el artículo 53 de la codificación en cita determina la forma en la cual deben asentarse, en los libros correspondientes, las respectivas operaciones mercantiles, cuestión que incluye el deber de mantener actualizada la contabilidad que se debe llevar en los mismos, así:

> "Artículo 53.- En los libros de asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad que las respalden.
>
> **El comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación, así como las cuentas afectadas con el asiento. A cada comprobante se anexarán los documentos que lo justifiquen**".

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, debe resaltarse que los libros de contabilidad de los comerciantes, en la medida en que se encuentren inscritos en el respectivo registro mercantil y se lleven con sujeción a las prescripciones legales vigentes, desde el punto de vista probatorio reciben el tratamiento propio de documentos privados que la ley presume auténticos, tal como lo prescribe el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.-, según cuyo inciso tercero *"[S]e presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma ..."* y, en la misma dirección, el artículo 68 del Código de Comercio reconoce plena eficacia probatoria a los libros y a los papeles del comerciante, cuanto se trata de cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, según el siguiente texto:

> "Artículo 68.- Los libros y papeles de comerciantes constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.

En materia civil, aun entre comerciantes, dichos libros y papeles sólo tendrán valor contra su propietario, en lo que en ellos conste de manera clara y completa y siempre que su contraparte no los rechace en los que le sea desfavorable".

- CASO CONCRETO.

En el sub lite, la parte accionante manifiesta que las obras de Construcción del Puente que va en la vía Bodega - Mompox Bolívar, sobre el caño el violo, que une los sectores Oriental y Occidental de la cabecera Municipal del Municipio de Cicuco, que ejecuta la firma Consorcio Cicuco les ha causado perjuicios, por el cambio en su forma de vida, como también, la afectación a su propiedad y a su actividad comercial; pues por la utilización de maquinaria pesada se ha ocasionado deterioro estructural en el inmueble, y en cuanto a la actividad comercial de la cual deriva su sustento, las obras ocasionaron la baja afluencia de clientes, y por consiguiente, la venta de artículos como víveres y abarrotes, decayendo por completo la fuente de sus ingresos.

Frente al escenario planteado por la parte actora, y las exigencias normativas, seguidamente haremos relación al material probatorio, buscando determinar inicialmente la existencia del daño.

De las pruebas allegas al plenario

Con el fin de acreditar la existencia del daño, se recaudaron los siguientes medios de prueba:

- Dictamen pericial rendido por el contador público LUIS ALBERTO MATUTE dentro del presente encuadernamiento (folios 24 a 57).
- Testimonios de HILARIO JOSÉ SORACA TURIZO (Min 00:03:27 – 00:11:33); WILMER NIETO TORRES (Min 00:12:25 – 00:15:50); ABEL GONZÁLEZ TURIZO (Min 00:16:50 – 00:20:40); HILARIO SORACA TURIZO (Min 00:21:56 – 00:26:15).

En lo que toca al dictamen pericial, se ha de recordar que en nuestro ordenamiento para que el mismo pueda tener eficacia probatoria, se exigen unos mínimos frente a dicha prueba, los cuales se indican de manera clara en la jurisprudencia[7] del Consejo de Estado, a saber:

> • El perito debe informar de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos.
> • El dictamen tiene que ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que se pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad.
> • **Que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo.**
> • No exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad del perito.
> • No se haya probado una objeción por error grave. La objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos, de acuerdo con el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia.
> • **El dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas.**
> • Sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar
> • Se haya surtido la contradicción.
> • Que no exista retracto del mismo por parte del perito.
> • **Que otras pruebas no lo desvirtúen y que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones**. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Bajo los anteriores lineamientos se ha de resaltar que el peritazgo o documentos que elaboró el contador público, LUIS ALBERTO MATUTE, en los cuales hace referencia a *libro mayor* y *libro diario*, adolecen de una gran deficiencia en su fundamentación, pues solo se atiene a indicar fechas y valores sin ningún soporte, por cuanto no se arriman referencias de proveedores, facturas de compras, pagos, así como tampoco los registros de ley; debiéndose recordar la firmeza,

[7] Sentencia Consejo de Estado Sección Tercera. 50012331000200600041O1 (37729). May. 02/16.

precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, exigencias que se echan de menos en el asunto bajo estudio, siendo claro finalmente que no se determina la afectación sufrida por la supuesta baja en ventas que indica el demandante por lo tanto no tendrán eficacia acreditativa, en razón a que se desconoce la regulación especial del Código de Comercio como del Código General del Proceso, cuerpos normativos que impiden al Despacho atribuir eficacia probatoria a los medios acreditativos en comento.

En lo que toca a los testimonios arriba referenciados, de ellos sólo se deduce la existencia de la tienda, pues si bien indican una supuesta baja en las ventas de dicho establecimiento, no existen asientos contables que conforme al Código de Comercio den soporte a ese dicho, por lo que no tienen trascendencia probatoria, debido a que no determinan de manera concreta la materialización del daño.

En este orden de ideas, toda vez que los referidos medios de prueba, con el fin de evidenciar la disminución en los ingresos del demandante durante el período determinado en el libelo, se apoyan esencialmente en el citado dictamen, el cual carece de mérito probatorio, el Despacho no puede concluir nada distinto a que el daño cuya reparación se depreca en el sub judice no se encuentra en manera alguna demostrado.

Bajo el escenario anterior, no ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado la reparación de los daños antijurídicos cuya causación imputa a la acción o a la omisión de una autoridad pública y que con tal propósito ejerce la acción de reparación directa, tiene la carga de acreditar, en el proceso, la concurrencia de los elementos inherentes al régimen de responsabilidad en el cual ampara sus pretensiones; si se trata del título jurídico de imputación consistente en el daño especial derivado de un alegado desequilibrio frente al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante a las cargas públicas, elementos de cuya demostración pende ineluctablemente la prosperidad de las pretensiones de la demanda, son el daño cuya reparación se reclama, de un lado y, de otro, el vínculo causal existente entre dicho daño y la acción u omisión atribuible a una autoridad estatal, siempre que desde el punto de vista ontológico resulte viable el establecimiento de dicho ligamen causal, carga que en el sub lite debia haber cumplido el demandante puesto que desde una perspectiva estrictamente fenomenológica podría tenerse como factible y, por tanto, debía haberse acreditado en debida forma, que la mengua en los ingresos del accionante, en primer término, realmente se produjo y, en segundo lugar, que había consecuencia directa de la construcción del vía en frente del establecimiento de comercio de su propiedad.

Para el Despacho no ofrece discusión alguna la circunstancia consistente en que en el presente caso la parte actora no satisfizo la exigencia de allegar los elementos demostrativos suficientes para tener por acreditada la presencia del aludido ligamen causal, por manera que respecto de la existencia del mismo y con base en el material probatorio acopiado, no puede menos que concluirse que las aseveraciones contenidas en la demanda en relación con los presupuestos fácticos de la misma no pasan del terreno de las simples afirmaciones, carentes de todo respaldo acreditativo en el plenario, siendo absolutamente claro que la carga de la prueba de tales hechos en el proceso, se insiste, incumbía a la parte interesada en demostrar que concurren, en el sub júdice, los elementos exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política para que el juez pueda

ordenar al Estado la reparación de los daños antijurídicos que, con su acción u omisión, éste hubiere ocasionado.

El vacío probatorio evidenciado y, en este caso concreto, la aplicación de las reglas de la carga de la prueba a las cuales se viene de hacer alusión, llevan a esta Judicatura a atribuir las consecuencias desfavorables de su incompleta y falta de técnica probatoria a la parte sobre la cual recaía el *onus probandi*, esto es a la accionante, razón por la cual habrán de desestimarse las súplicas de la demanda.

Por consiguientes, son estas breves pero potísimas razones suficientes para negar las pretensiones de la demanda, y declarar probada la excepción de "inexistencia de prueba que acredite el daño antijurídico", presentada por la parte demandada.

COSTAS. -

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

"……

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARASE probada la excepción de "*inexistencia de prueba que acredite el daño antijurídico*", presentada por la parte demandada, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez