**DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio**

En relación con el dictamen pericial se debe señalar que es un medio probatorio que permite verificar los hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de auxiliares de la justicia, quienes, a través de experimentos e investigaciones, realizan un examen de las cosas o personas.

**FUENTES HÍDRICA - Propiedad del Estado - Régimen especial**

Fuente hídrica del Estado y su uso se encuentra sometido a un régimen especial, toda vez que su aprovechamiento, ocupación o explotación, solo se permite a través de la concesión y, en todo caso, su administración y autorización para tal uso radica en cabeza del Estado, tal como lo prevén los artículos 155 del Decreto-ley 2811 de 1974 y 31 de la Ley 99 de 1993, según los cuales el otorgamiento de la concesión estará a cargo de la Corporación Autónoma Regional correspondiente.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Contrato de obras públicas - Ejecución - Hecho del contratista**

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante (sic) de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública, no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal. “En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que (sic) la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta (...). “Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos (...). “La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es (sic) ‘res Inter Alias acta’ frente a los terceros. Por este motivo, la demandante al accionar contra la empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00745-01(39750)**

**Actor: JOSÉ FRANCISCO MONTÚFAR DELGADO Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO - CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ GIRARDOT S.A.**

**Referencia: ACCIÓN REPARACIÓN DIRECTA**

**Temas:** RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – daños causados a bienes privados por obra pública / DESAPARECIMIENTO DE FUENTES HÍDRICAS / Bienes del Estado de uso público – Para su aprovechamiento se requiere de licencia por parte de la autoridad ambiental / EXPLOTACIONES DE FUENTES HÍDRICAS SIN CONCESIÓN – Impone la negativa de las pretensiones de la demanda / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – taponamiento de vías de acceso a bienes privados / RÉGIMEN APLICABLE – Daño especial / LLAMIENTO EN GARANTÍA – vigencia de la póliza de seguro.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Tolima, el 17 de agosto de 2010, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En escrito radicado el 18 de diciembre de 2008, los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado, por conducto de apoderado judicial presentaron demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación - Instituto Nacional de Concesiones –Inco- y la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., con el fin de que se les declarara administrativamente responsables por los daños ocasionados a los predios de propiedad de los demandantes *“debido a que por la construcción del túnel en la inspección del Boquerón – Icononzo (Tolima), desaparecieron los nacimientos que abastecían de agua potable a las mencionadas propiedades y además debido a la ampliación de la doble calzada, se taponaron las vías de acceso a los predios”.*

Como consecuencia de la anterior declaración se solicitaron las siguientes condenas:

*“… 2. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a LA NACIÓN, EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES ‘INCO’ y CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., a pagar a los propietarios por concepto del daño ocasionado, el valor actual comercial de la totalidad de cada predio. Y que para el avalúo del metro cuadrado, se tenga como base el realizado por la concesión autopista Bogotá – Girardot, para la compra de uno de los predios afectados, el cual es el No. 366-33531; certificado de Libertad el cual anexo Y QUE NOS DA UN AVALÚO DE $8.305, POR METRO CUADRADO; por cuanto la Concesión avaluó y compró 5.900 metros por $49’000.000, según consta en el Certificado.*

*“3. Que se condene así mismo a LA NACIÓN, EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES ‘INCO’ y CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., a pagar a los Demandantes, todos los perjuicios e indemnización que correspondan como son Daño Emergente* [y] *Lucro Cesante, en la suma que probatoriamente se establezca dentro de este proceso, según lo estipula el Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y que por tanto solicito designar perito idóneo para liquidar.*

*“4. Que se condene igualmente a LA NACIÓN, EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES ‘INCO’ y CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., a pagar a los Demandados* (sic) *por concepto de perjuicios morales, la suma en pesos colombianos equivalente a MIL GRAMOS (1.000 Gr) ORO, por demandado* (sic) *en el momento de la Ejecutoria, según cotización del Banco de la República …”.*

**2.-** Como **fundamentos de hecho de la demanda** se narró, en síntesis, que el Inco y la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. suscribieron contrato GG – 040 -2004, el cual tenía como objeto ampliar la doble calzada de la autopista Bogotá – Girardot. Esa obra incluía la construcción de más de cuatro kilómetros de carretera en el sitio denominado Boquerón – Icononzo (Tolima).

Resaltó que como consecuencia de esa obra y de la construcción del túnel, la quebrada denominada La Turbina o Gummer, la cual abastecía de agua potable a los predios identificados con números 36-33881, 366-33882, 366-33883, 366-33884, 366-33533, 366-33534, 366-33531 y 366-25394, desapareció, razón por la que los bienes de propiedad de los demandantes se vieron afectados.

Precisó que, el 30 de julio de 2007, Cortolima verificó la desaparición del caudal de agua de la referenciada quebraday,además, que no corría sobre su caucey que se encontraba *“seca”* desde su nacimiento, debido a la construcción del túnel de la doble calzada.

Señaló que, el 8 de diciembre de 2007, el Ministerio del Medio Ambiente abrió investigación en contra la Concesión por la desaparición de la fuente hídrica.

Indicó que, el 21 de diciembre de 2007, los demandantes solicitaron a la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. la reposición del flujo de agua potable en un caudal de 15.67 litros por segundo en el mismo lugar de nacimiento del agua y también pidieron que se repusieran las vías de acceso a la “finca”, por cuanto sin esos dos elementos los predios perdían la totalidad del valor comercial, toda vez que no se podían usufructuar[[1]](#footnote-1).

**3.-** La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante proveído del 14 de enero de 2009, decisión que se notificó a las entidades demandadas en debida forma[[2]](#footnote-2).

**4.- Las contestaciones de la demanda**

**4.1.-** El Inco manifestó que fue creado con el fin de concretar en una sola entidad las funciones y responsabilidades de la gestión para la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de los contratos de concesión de infraestructura y transporte, razón por la cual consideró que el hecho dañoso no le podía ser imputado a esa entidad.

Agregó que en este caso no se presentó uno de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado que era la imputación; por ese motivo, afirmó que se debía exonerar de responsabilidad a esa entidad.

Precisó que la parte actora en el libelo introductorio aduce que sus predios se desvalorizaron por la construcción del túnel y la doble calzada, habida cuenta de que se perdió el agua que corría del nacedero; sin embargo, no aportó elemento de juicio con el cual demostrara ese daño, por lo que en su sentir el daño alegado no era *“cierto actual, directo determinante y adecuado”*.

Sostuvo que en el contrato de concesión No. GG 040 de 2004 se estableció al concesionario la obligación de realizar por su cuenta y riesgo los estudios, los diseños, la construcción, la rehabilitación, el mejoramiento, la operación, el mantenimiento, la prestación de servicio y el uso de los bienes de propiedad del INVIAS, dados en concesión para la ejecución del proyecto denominado Bosa-Granada - Girardot y, por tanto, él asumía el riesgo y la responsabilidad directamente frente a esas actividades respecto del Estado y de los particulares.

Añadió que en el referenciado contrato de concesión el Estado trasladó al concesionario la totalidad de la responsabilidad por los daños que se causaran a terceros por la ejecución del contrato. En ese sentido, aseguró que esa entidad no debía responder por los presuntos daños ocasionados a la parte actora.

Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque, a su juicio, no existió nexo de causalidad entre el Inco y el daño denunciado[[3]](#footnote-3).

**4.2.-** La Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. contestó la demanda y señaló que en el caso *sub examine* la acción de reparación directa no era procedente, toda vez que en el libelo introductorio se expusieron unas apreciaciones subjetivas que, además de estar alejadas de la realidad no tenían fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

Anotó que la finalidad de la Ley 80 de 1993 era el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, razón por la cual afirmó que esa entidad cumplió a cabalidad con el objeto del contrato de concesión No. GG – 040 – 2004 y ejerció su función social como colaborador del Inco, por lo que cualquier obligación o responsabilidad que se desprendiera por alguna actividad no prevista dentro de la órbita contractual estaba a cargo del Estado.

Resaltó que, en relación con la afectación del recurso hídrico, la concesión con el fin de mitigar el impacto ambiental se obligó al revestimiento total del túnel en concreto, actividad que contribuiría a la atenuación del daño ambiental, pero eso no garantizaba el desaparecimiento del impacto.

Consideró que para atribuirle responsabilidad a la concesión se debía verificar el incumplimiento de la obligación asumida en el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, respecto del revestimiento total del túnel en concreto.

Agregó que esa sociedad adoptó las siguientes medidas para compensar el detrimento que padecieron algunos de los predios aledaños a la construcción, específicamente, los predios afectados con el desaparecimiento de algunos recursos hídricos:

*“… 1. Se instalaron dos tanques de 10.000 litros cada uno en la cota superior del portal Boquerón, con el fin de abastecer inicialmente a las familias afectadas en la zona, las cuales habían sido identificadas una vez se presentó la contingencia de desaparición de la quebrada La Turbina.*

*“2. Se realizan recorridos permanentes con el fin de verificar el funcionamiento del sistema de bombeo de aguas proporcionado directamente por el contratista, así como del caudal disponible. La parte técnica de la Empresa Túneles de Colombia – encargada de la construcción del túnel – mantiene una vigilancia técnica permanente de la operatividad del sistema.*

*“3. Adicionalmente, la comunidad que abastece sus necesidades mediante las medidas implementadas por la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., mantiene una comunicación constante con el área social del proyecto informando los eventos e inconvenientes que han podido presentarse con ocasión de la prestación del servicio y en la medida que la comunidad lo ha permitido, la identificación y solución de los mismos se han logrado mantener de manera oportuna, lo cual puede corroborarse mediante actas.*

*“4. Los volúmenes suministrados de agua a través del sistema de bombeo superan ampliamente el consumo per cápita determinado por el RAS 2000 (Reglamento de acueducto y Saneamiento Básico) en los numerales B 2.6 y siguientes, lo cual puede ser evidenciado con los predios de uno de los afectados quien después de la pérdida del caudal del nacedero instaló una Porcícola con alrededor de 20 animales”.*

Indicó que debido a las medias adoptadas se solucionó definitivamente el problema de suministro de agua, por tanto, concluyó que en el presente asunto no existió el daño alegado por los demandantes[[4]](#footnote-4).

**5.- Llamamiento en garantía**

El Inco solicitó llamar en garantía a la sociedad Suramericana de Seguros S.A.,[[5]](#footnote-5) petición a la cual se accedió por parte del Tribunal Administrativo *a quo,* mediante providencia del 13 de mayo de 2009[[6]](#footnote-6).

El 14 de julio de 2009, la sociedad Suramericana de Seguros S.A. se notificó del llamamiento en garantía[[7]](#footnote-7).

La sociedad Suramericana de Seguros S.A. contestó la demanda y sostuvo que en el presente asunto no existía título de imputación alguno que permitiera establecer la responsabilidad del Inco y de la Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., por cuanto el comportamiento asumido por esas entidades fue normal y activo frente a las obligaciones *“jurídico materiales”* que les asistían respecto de la situación fáctica esbozada en el libelo introductorio, razón por la que afirmó que no era procedente endilgar responsabilidad a la parte demandada en el caso en estudio.

Aseguró que no resultaba lógico imputar responsabilidad al Inco y a la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por el hecho de que para la misma época en que se comprobó el secamiento de la quebrada, se estuvieran realizando las obras de la doble calzada, además, el extremo demandado adoptó todas las medidas preventivas y técnicas para evitar daños a los *“administrados”.*

Destacó que la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de 1.000 gramos de oro por concepto de daño moral; sin embargo, los hechos que dieron lugar a la presente demanda se sintetizan en el secamiento de la quebrada Gummer, sin que se avizorara otro perjuicio y tampoco daños de carácter moral, amén de que no existía respaldo jurídico para esa petición.

Expresó que no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues no era coherente que se solicitara el 100% del valor del inmueble, toda vez que los demandantes siempre tuvieron la posesión de los predios por lo que se demandó.

Agregó que no existía correspondencia entre los valores pretendidos y los valores soportados como perjuicios, además de que en la demanda se pidió el pago de perjuicios *“extrapatrimoniales”,* sin que existieran fundamentos fácticos ni jurídicos para ello.

Así mismo, la sociedad Suramericana de Seguros S.A. se opuso al llamamiento en garantía y señaló que en el caso en estudio el siniestro y la base para la reclamación de los perjuicios de la demandada consistía en el cobro de los perjuicios por el secamiento desde su nacimiento de la quebrada La Turbina o Gummer, hecho que se constataba con la visita de inspección realizada por Cortolima el 27 de julio de 2007.

Añadió que la póliza por la cual se le vinculó al presente asunto, mediante el llamamiento en garantía, fue expedida el 11 de julio de 2008 y la vigencia técnica pactada comprendía desde el 1 de julio de 2008, hasta el 1 julio de 2009. En ese sentido, consideró que al no verificarse el secamiento de la quebrada durante la vigencia de la póliza, mal podía citarse a esa sociedad para que en el evento de una condena reembolsara o indemnizara total o parcialmente los perjuicios reclamados en la demanda.

Afirmó que esa entidad no estaba llamada a responder, por cuanto los hechos por los que se demandó no encontraban correspondencia con las actividades amparadas en la póliza de seguro.

Aseguró que en el *sub lite* se cumplían varias de las situaciones anotadas como exclusiones en los hechos objeto de este proceso y por los cuales se vinculó a la aseguradora, por tanto, concluyó que a esa sociedad no se le podía endilgar responsabilidad por amparo alguno.

Resaltó que en la póliza de seguro el valor asegurado fue de $100’000.000, por lo que, en el evento de que existiera una condena, la aseguradora debía responder solo por esa suma[[8]](#footnote-8).

**6.-** El Tribunal Administrativo de primera instancia corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que presentara su concepto[[9]](#footnote-9).

En esta etapa del proceso la parte actora, la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., y la sociedad Seguros Generales Suramericana S.A. presentaron alegatos de conclusión[[10]](#footnote-10).

El Ministerio Público no rindió su concepto.

**7.- La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia el 17 de agosto de 2010 y denegó las súplicas de la demanda.

Para adoptar tal decisión, el Tribunal Administrativo *a quo* señaló que en el proceso se demostró que la disminución del caudal hídrico fue detectada en la finca “*Roca Bella*” de propiedad de la señora Érika Jiménez Montúfar y el predio denominado “*Villa Rosita o San Gabriel*” cuyos dueños eran los señores Reinaldo y Humberto Walteros, quienes no fueron parte en el presente proceso.

Destacó que en el expediente obraba el informe de visita al municipio de Icononzo, corregimiento de Boquerón, expedido por la Contraloría Departamental del Tolima; sin embargo, consideró que ese documento no podía ser valorado, dado que fue aportado en copia simple.

Resaltó que para acreditar los presuntos daños irrogados a cada uno de los predios de propiedad de los demandantes, con ocasión de la ejecución de la obra civil, la parte actora solicitó la práctica de un dictamen pericial; pero que al revisar el contenido del experticio se observó que las afirmaciones del perito no tenían respaldo probatorio, por lo que consideró que ese medio de prueba carecía de razonabilidad en sus conclusiones.

Precisó que el experticio omitió identificar los bienes que fueron afectados por la ejecución del contrato de concesión, lo cual impedía determinar cuál o cuáles de los cinco lotes en que se subdividió el inmueble “*San Gabriel*” fue el que soportó los presuntos daños por la destrucción de las vías de acceso.

Agregó que en la demanda no se aclaró cuál de los predios en que fue subdividido el predio mayor fue el que sufrió los daños en sus vías de acceso, ni en cuál de ellos se ubicaban los nacederos de agua; además, que los demandantes omitieron señalar de manera concreta los hechos a los que se extendió el dictamen pericial, por lo que consideró que el dictamen no podía solucionar esas falencias.

Añadió que en el libelo introductorio no se señaló que el predio afectado hubiese sido destinado a la cría y pastoreo de ganado y tampoco que dentro del mismo se hubieran construido reservorios o abrevaderos para almacenar agua para el ganado, pero en el experticio, sin documentación alguna, se asumió que había 62 especies bovinas y que entre los años 2006 a 2009 se generaron costos directos e indirectos para la manutención de los ganados.

Sostuvo que en el presente asunto se desconocía si las aguas que presuntamente nacían en los predios de propiedad de los actores eran de dominio público o privado.

Indicó que en el caso en estudio no se acreditó que los demandantes tuvieran la concesión sobre las aguas que desaparecieron, ni que siendo de su propiedad afectaran el consumo humano, razón por la que concluyó que no se demostró el daño antijurídico alegado[[11]](#footnote-11).

**8.- La impugnación**

La parte actora presentó recurso de apelación y solicitó que el fallo de primera instancia fuera revocado, por cuanto era *“contradictorio, contraevidente e incongruente”*, dado que su parte resolutiva no concordaba con la parte considerativa y “*solo se basa en afirmaciones del Honorable Magistrado Ponente, pero nunca en pruebas aportadas al Proceso”.*

Señaló que en el presente asunto se demostró la existencia del daño en un bien privado, consistente en el desaparecimiento de la quebrada Gummer o La Turbina, ocasionado como consecuencia de una obra pública, el Túnel del Boquerón.

Precisó que el perjuicio material se encontraba plenamente acreditado, toda vez que la finca “*San Gabriel”* se dividió en varios predios, de los cuales eran propietarios los hermanos Montúfar Delgado y allí era donde nacía la referenciada quebrada, la cual irrigaba la totalidad de los predios por un sistema de acueducto.

Igualmente, expuso que en el proceso se acreditó que los predios por los que se reclama eran aledaños a la construcción del túnel, si se tiene en cuenta que los demandantes vendieron un bien de 5.900 M2 a la Nación, para el ingreso y entrada del túnel.

Anotó que las afirmaciones hechas en el fallo de primera instancia frente al dictamen pericial eran *“discordantes”*, habida cuenta de que si bien, mediante auto del 8 de octubre de 2009, se decretó la práctica del experticio solicitado, el cual tenía como finalidad avaluar los daños y perjuicios causados a la parte actora, lo cierto es que el Tribunal Administrativo de primera instancia señaló que el perito se extendió en sus funciones y omitió identificar, los predios afectados, lo cual era contrario a la realidad, pues en el dictamen si se determinó la ubicación de los cinco lotes y, además, se manifestó que todos los bienes se beneficiaban del agua de la quebrada.

Afirmó que no compartía la manifestación del Tribunal *a quo* acerca de que el dictamen pericial carecía de respaldo probatorio y de razonabilidad en sus conclusiones, por cuanto el mismo fue realizado por un perito designado por el mismo Tribunal.

Añadió que *“en la misma visita, por medio de prueba sumaria como fueron las afirmaciones de tres testigos colindantes a los predios, se verificó que los predios eran utilizados para la ganadería”*.

Indicó que también se había demostrado en el proceso que la vía de ingreso a los predios fue destruida, impidiendo de esta manera su explotación comercial.

Manifestó que el dictamen pericial fue puesto a disposición de la parte demandada; pero no fue objeto de aclaración ni de objeción, razón por la cual debía valorarse.

Destacó que en el proceso se demostró el daño y el perjuicio material causado a la parte actora, debido al desaparecimiento de la quebrada que nacía dentro del predio de su propiedad y a la pérdida de las vías de acceso.

Sostuvo que, se demostró el nexo de causalidad entre la obra pública y el daño causado a los bienes privados.

Aseguró que el Tribunal Administrativo de primera instancia equivocadamente concluyó que la finca *“Roca Bella*” era de propiedad de la señora Érika Jiménez Montúfar, quien no fue parte en este proceso; sin embargo, esa afirmación era contraria a la realidad, toda vez que la señora Jiménez Montúfar era hija de una de las demandantes, la señora Gioconda Patricia Montúfar Delgado, y asistió a dos visitas de seguimiento realizadas por Cortolima, en calidad de hija de una de las propietarias, pero de conformidad con los certificados de libertad y tradición aportados con la demanda se demostró que los predios afectados con la desaparición de la quebrada eran de propiedad de los demandantes.

Resaltó que de conformidad con el Código Civil las vertientes de agua que nacen y mueren dentro de una misma heredad son de propiedad de los dueños de las riberas[[12]](#footnote-12).

**9.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia**

**9.1.-** La sociedad Seguros Generales Suramericana S.A. presentó sus alegatos de conclusión y señaló que en el caso *sub examine* no se demostró la existencia de un daño antijurídico.

Resaltó que al solicitar los perjuicios, como lo hizo la parte actora, era partir de una indemnización que iba más allá del eventual daño que hubiese demostrado, pues no era coherente que se solicitara el 100% del valor del inmueble cuando los demandantes estuvieron en plena posesión del mismo y no acreditaron que tenían la intención de trasladar el dominio de sus predios.

Aclaró que en el caso en estudio no se aportaron las pruebas necesarias para determinar los daños morales derivados de los presuntos daños sufridos a los bienes materiales y reiteró los argumentos expuestos en la contestación del llamamiento en garantía[[13]](#footnote-13).

**9.2.-** La parte actora afirmó que los demandantes acreditaron en debida forma ser los titulares de los bienes que se vieron afectados por la desaparición de la quebrada y por el taponamiento de las vías de acceso a los predios.

Manifestó que en el proceso se demostró el daño por el cual se demandó, así como los perjuicios que se ocasionaron con ese daño[[14]](#footnote-14).

**9.3.-** El Inco aclaró que en el caso *sub lite* se reclamaba el perjuicio causado a ocho predios, que, sin perjuicio de su ubicación geográfica, continua o discontinua, se trataba de predios totalmente independientes unos de otros y ni en el libelo introductorio ni en los elementos de juicio obrantes en el expediente se mencionó que existiera algún tipo de servidumbre de aguas de paso que gravara a alguno de ellos en favor de los otros.

Sostuvo que no se aportó al proceso prueba alguna con la cual se estableciera, en relación con cada uno de los predios de propiedad de los demandantes, la existencia de los nacimientos de agua, ni su grado de afectación para cada uno de ellos.

Agregó que respecto del taponamiento de las vías de acceso a bienes, tampoco se demostró cuales predios se vieron afectados, pues aunque en el dictamen pericial se dice de manera general que el inmueble *“San Gabriel”*, lo cierto es que se omitió identificar individualmente la afectación que la obra civil causó a cada uno de los inmuebles[[15]](#footnote-15).

**9.4.-** La sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. destacó que en el caso en estudio no se demostró que se encontrara algún nacedero de agua en los predios de propiedad de los demandantes y tampoco se probó en el proceso la obstrucción de las vías de acceso que afectara los inmuebles de los actores, razón por la cual no era procedente acceder a las súplicas de la demanda.

Argumentó que si bien en el *sub lite* se decretó la práctica de un dictamen pericial, lo cierto era que el mismo carecía de fundamento probatorio y, por tanto, no era procedente asignársele valor probatorio.

Destacó que en el expediente no obraba elemento de juicio alguno con el cual se demostrara la dependencia de los demandantes en relación con las aguas cuyo secamiento aducen, toda vez que no se probó en el proceso que ese recurso hídrico era de dominio público o privado y tampoco acreditaron que el nacimiento de la quebrada se encontraba dentro del predio de los demandantes[[16]](#footnote-16).

**10.- Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público, en su concepto, solicitó que se confirmara la sentencia apelada, habida cuenta de que en el proceso no se demostró el daño por el cual se demandó y al Tribunal Administrativo de primera instancia no le correspondía suplir las falencias probatorias y a través de inferencias teóricas conceder las pretensiones de la parte demandante.

**11.- Medida cautelar de embargo**

Mediante oficio No. 193 del 7 de febrero de 2013, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ibagué comunicó al Tribunal Administrativo a-quo sobre la medida cautelar de *“embargo y retención de los dineros que correspondan al demandado JOSÉ FRANCISCO MONTÚFAR DELGADO”*, dentro del proceso ejecutivo singular adelantado por el señor Uriel Castillo Amórtegui; dicha medida cautelar se limitó hasta la suma de $68’400.000.00[[17]](#footnote-17).

**12.- Impedimento de Magistrado**

Mediante escrito del 29 de agosto de 2016, el señor Consejero Hernán Andrade Rincón manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en el artículo 150 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, dado que su hija trabaja en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en calidad de asesora de Vicepresidencia de Planeación, Riesgos y Entorno.

En atención a lo anterior, considera la Sala que se configura la causal invocada[[18]](#footnote-18), por lo que es del caso declarar fundado el impedimento y separar del conocimiento del presente asunto al doctor Andrade Rincón, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

**II. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 17 de agosto de 2010.

La Sala abordará el asunto en el siguiente orden: ***i)*** cuestión previa, valoración de las copias simples; ***ii)*** verificación de la existencia de los presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine,* como lo son la competencia, la legitimación en la causa y la caducidad; ***iii)***análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente, valoración del dictamen pericial; ***iv)*** elcaso concreto: la responsabilidad por la desaparición de la quebrada La Turbina o Gummer y la responsabilidad por el taponamiento de la vías de acceso a los bienes de los demandantes; ***v)*** la indemnización de perjuicios y ***vi)*** el llamamiento en garantía.

**1.- Cuestión previa**

El Tribunal Administrativo de primera instancia, en la sentencia dictada el 17 de agosto de 2010, manifestó que no otorgaría valor probatorio al informe de visita al municipio de Icononzo, corregimiento de Boquerón, expedido por la Contraloría Departamental del Tolima, allegado en copia simple.

Al respecto, conviene precisar que la Sala valorará los documentos allegados en copia simple, por cuanto para el momento en que se profirió esa decisión, evidentemente esta Corporación había sostenido que las copias desprovistas de autenticación carecían de eficacia probatoria; no obstante, esa postura fue rectificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013, en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples.

**2.- Requisitos de procedibilidad**

**2.1.- Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, comoquiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 17 de agosto de 2010[[19]](#footnote-19).

**2.2.- Ejercicio oportuno de la acción**

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

Ahora bien, respecto de la caducidad, cuando el daño alegado es consecuencia de una obra pública, la Sección Tercera de esta corporación, en sentencia del 13 de febrero de 2015[[20]](#footnote-20), estableció:

*“10.16.1* ***En materia de obra pública o trabajos públicos***

*“(1) La jurisprudencia inicial de la Sección Tercera establece que el cómputo de la caducidad cuando se trata de la ejecución de una obra pública con la que produce un daño antijurídico a una persona [natural o jurídica] ‘empezará a contar a partir de la terminación de la misma’[[21]](#footnote-21).*

*“(2) La jurisprudencia de la Sección Tercera entiende que la realización o ejecución de una obra pública produce daños y perjuicios de naturaleza instantánea, de manera que el cómputo del término de caducidad se hace desde la fecha en que queda concluida la obra pública[[22]](#footnote-22).*

“(3) Cuando de una obra pública se producen daños y perjuicios que se prolongan en el tiempo, la jurisprudencia de la Sección Tercera exige tener en cuenta los siguientes criterios: (a) **cuando se trata de daños producidos con ocasión de obras o trabajos públicos[[23]](#footnote-23) ‘no es conveniente prolongar en el tiempo el conteo del plazo para interponer la acción como quiera que el daño se encuentra materializado en un solo momento’[[24]](#footnote-24); (b) no debe confundirse el nacimiento del daño con posterior agravación o empeoramiento;** (c) como consecuencia de lo anterior, no puede aceptarse ‘que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos’, siendo contrario a la Constitución y a la ley[[25]](#footnote-25); (d) por regla general, cuando se trata de daños ‘de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos), no puede ‘hacerse caso omiso de la época de ejecución’ de la obra pública ‘para hablar sólo de la acción a medida que los daños apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los años de construida la obra’[[26]](#footnote-26); (e) **en aplicación de los principios pro actione y pro damato, en ciertos eventos el término de caducidad ‘debe empezar a contarse a partir de la fecha en la cual el interesado tuvo conocimiento del hecho que produjo el daño, que puede coincidir con la ocurrencia del mismo en algunos eventos, pero en otros casos no’[[27]](#footnote-27) [criterio que es aplicable tanto para asuntos en los que se debate un daño antijurídico producido por una obra pública, como por la ocupación temporal o permanente de un inmueble]. Se trata de afirmar como criterio aquel según el cual el cómputo de la caducidad debe tener en cuenta la fecha en la que la víctima o demandante conoció la existencia del hecho dañoso ‘por la sencilla razón de que solo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción’**[[28]](#footnote-28); (f) se deben tener en cuenta las situaciones particulares de cada juicio, en el sentido en que las circunstancias particulares permitirán en ocasiones iniciar el cómputo desde el momento en el cual el afectado tuvo conocimiento del hecho -daño al descubierto- época que permite la reclamación judicial de la indemnización del daño alegado[[29]](#footnote-29); y, (g) la caducidad opera cuando el término concedido por la ley para ejercitar la acción fenece y se edifica sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo e independiente de consideraciones ajenas al transcurso del tiempo, sin que pueda ser objeto de convención o de renuncia[[30]](#footnote-30).

“(…)” (Subraya original y negrilla fuera del texto).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, se tiene que en los procesos de reparación directa en los que se alega la existencia de un daño causado por la realización una obra pública, pueden existir dos momentos para iniciar el conteo del término de la caducidad.

El primero es cuando termina la obra, entendiendo que los perjuicios son de naturaleza instantánea, es decir, que se originan y son de conocimiento del afectado en plena realización de la obra. El segundo momento, cuando se trata de daños periódicos, esto es, que se tiene conocimiento del hecho dañoso pero este no coincide con la ejecución de la obra, situación que solo es aplicable a los casos en que tiempo después de la terminación de la obra se advierten las afectaciones que pudo causar. Para el cómputo de la caducidad en este evento debe tenerse en cuenta el momento en que el demandante conoció la existencia del daño.

En todo caso, pese a que el daño se agrave o empeore con posterioridad, esto no puede ser considerado una prolongación del inicio del conteo del plazo para interponer la acción, por cuanto los daños y perjuicios que se producen como consecuencia de una obra pública se materializan en un solo momento.

En el caso *sub examine* la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los presuntos daños sufridos por la parte actora, por la desaparición de la quebrada La Turbina o Gummer y el taponamiento de las vías de acceso a los predios de los demandantes, como consecuencia de la construcción del túnel en la inspección del Boquerón – Icononzo (Tolima).

Pues bien, al proceso se allegó el informe de visita realizado por el director territorial de oriente de la Subdirección de Calidad Ambiental de Cortolima el 30 de julio de 2007[[31]](#footnote-31), a través del cual constató que las aguas de la quebrada La Turbina o Gummer no corrían sobre su cauce y que la misma se encontraba seca desde su nacimiento.

Igualmente, se aportó al proceso un escrito radicado el 21 de diciembre de 2007[[32]](#footnote-32), por medio del cual los demandantes solicitaron a la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot *“la reposición de vía de acceso a predios y mejoras y aguas. Predios colindantes Túnel Boquerón propiedad de los hermanos Montúfar Delgado”.*

Así las cosas, se tiene que pese a que no existe certeza de cuándo sucedió la afectación a los predios de los demandantes y tampoco cuándo finalizó la obra, lo cierto es que de los elementos de juicio anteriormente relacionados se puede establecer que los demandantes tuvieron conocimiento de la desaparición de la quebrada La Turbina o Gummer y el taponamiento de las vías de acceso a sus predios el 30 de julio de 2007 y 21 de diciembre de 2007, respectivamente, razón por la cual se tomaran estas fechas como inicio de la contabilización del término de caducidad.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2008, resulta evidente que el ejercicio de la acción se hizo dentro del término previsto por la ley.

Por otra parte, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que, el 28 de abril de 2005, los demandantes solicitaron a Cortolima una inspección al predio denominado “*San Gabriel*”, por cuanto tenían conocimiento de que la *“construcción del Portal de salida del túnel del Boquerón y obras accesorias al mismo*” afectarían el nacimiento de agua del cual se abastecía *“toda la finca”.*

El 4 de mayo de 2005, Cortolima visitó el predio denominado “*San Gabriel*” y constató lo siguiente: *“Observando el recorrido del trazo para el túnel del cañón del Sumapaz, el predio va a ser afectado de norte a sur y por tanto se verán afectados los nacimientos que afloran dentro del predio”.*

Al respecto, resulta necesario precisar que en el presente asunto no es posible tomar como fecha de inicio de la caducidad el 2005, por cuanto para ese momento no se había configurado el daño, es decir no tenía el carácter de cierto, razón por la cual, se concluye que en el proceso se acreditó que solo hasta el año 2007 se tuvo certeza del daño irrogado a los actores.

**2.3.- Legitimación en la causa por activa**

La demanda fue presentada por los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado, quienes, según el libelo introductorio, eran los dueños de los predios con de matrícula inmobiliaria No. 366 – 33881, 366 -33882, 366 – 33883, 366 – 33884, 366 – 33533, 366 – 33534 y 366 – 25394, ubicados en la vereda Boquerón en el municipio de Icononzo.

Con el fin de acreditar la legitimación en la causa por activa al proceso se allegaron los siguientes elementos de juicio:

- Copia de la escritura pública No. 001289 del 31 de octubre de 1998, por medio de la cual los señores Sagrario Walteros Rodríguez, José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado, quienes era copropietarios del inmueble denominado finca *“San Gabriel”* lo dividieron materialmente en 5 lotes de la siguiente manera[[33]](#footnote-33):

* Lote No. 1, denominado *“Selva Alegre”,* adjudicado al señor José Francisco Montúfar Delgado.
* Lote No. 2, denominado *“Altos del Márquez”,* adjudicado a los señores Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado.
* Lote No. 3, denominado *“Villa Rosita”,* adjudicado a la señora Sagrario Walteros Rodríguez.
* Lote No. 4, denominado “*Villa Dolly”,* adjudicado a los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado.
* Lote No. 5, denominado *“La Gioconda”,* adjudicado a la señora Gioconda Patricia Montúfar Delgado.

- Certificados de tradición y libertad de los predios con matrículas inmobiliarias números 366 – 33881, 366 – 33882, 366 – 33883, 366 – 33883, que corresponden a los lotes llamados *“San Antonio*”, *“Magda Elizabeth*”, *“San Miguel*”, *“San José*”, que se desprenden del lote denominado “*Selva Alegre”,* de propiedad del señor José Francisco Montúfar Delgado[[34]](#footnote-34).

- Certificado de tradición y libertad del predio con matrícula inmobiliaria No. 366 – 33533, que corresponde al lote denominado “*Villa Dolly”,* de propiedad de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado[[35]](#footnote-35).

- Certificado de tradición y libertad del predio con matrícula inmobiliaria No. 366 – 33534, que corresponde al lote denominado “*La Gioconda”,* de propiedad de la señora Gioconda Patricia Montúfar Delgado[[36]](#footnote-36).

- Certificado de tradición y libertad del predio con matrícula inmobiliaria No. 366 – 25394, de propiedad de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado[[37]](#footnote-37).

Así las cosas, y comoquiera que los demandantes acreditaron dentro del expediente la condición de propietarios de los predios que presuntamente se vieron afectados por la desaparición del nacimiento de la quebrada La Turbina o Gummer y por el taponamiento de las vías de acceso a esos bienes, es claro que están legitimados para reclamar por los supuestos daños causados a esos predios, como consecuencia de la construcción del túnel en la inspección del Boquerón – Icononzo (Tolima).

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que en el libelo introductorio se dijo que el predio denominado *“Altos del Márquez”,* identificado con matrícula inmobiliaria No. 366-33531, que era de propiedad de los demandantes, también resultó afectado con la desaparición del nacimiento de la quebrada La Turbina o Gummer y el taponamiento de las vías de acceso.

Sin embargo, conviene resaltar que al proceso se aportó el certificado de tradición y libertad[[38]](#footnote-38) de ese bien, pero en la anotación No. 4 del 30 de mayo de 2008 se observa que el titular del derecho de dominio era el Instituto Nacional de Concesiones (Inco), por tanto, se concluye que los demandantes no están legitimados en la causa por activa para demandar por los perjuicios ocasionados sobre ese bien, pues no son los propietarios.

**3.- Valoración probatoria**

**3.1.- Dictamen pericial**

En la demanda se solicitó*: “designar* [un] *perito idóneo, para que avalúe los daños y perjuicios causados por los hechos manifestados en la presente demanda, tanto como lucro cesante, daño emergente y avalúo comercial detallado para cada uno de los predios donde certifique qué vale el predio sin agua y con agua”*.

El 8 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo *a quo* decretó la práctica del dictamen pericial[[39]](#footnote-39). El 23 de ese mismo mes y año se posesionó el perito designado[[40]](#footnote-40).

El 24 de noviembre de 2009, el perito rindió su experticio[[41]](#footnote-41) y del mismo se corrió traslado a la partes[[42]](#footnote-42); sin embargo, no se solicitó aclaración, ni complementación y tampoco se objetó por error grave.

En el dictamen pericial se consignó lo siguiente:

*“… Con el fin de dar paso a la obra doble calzada Bogotá – Girardor, la Nación y las concesiones compran un predio de propiedad de la familia Montúfar Delgado, en Boqueron – Icononzo – Tolima.*

*“Se realiza un desenglobe de 5.900 M2 de un globo general de tierras con cabida superficiaria de 298.308 M2* ***el cual la citada familia proveía su sustento de la ganadería****, dicha finca está dividida en lotes o predios los cuales todos son irrigados con agua potable cuyo nacimiento estaba en la finca, creando la quebrada La Turbina o Gummer,* ***al globo general se accede por vía carreteable pasando por Melgar y llegando al sitio llamado Boquerón, vías en muy buen estado, de aquí que para ingresar como se hacía anteriormente a la finca es imposible; por cuanto* [por] *factores antrópicos se destruyó la vía de acceso a los predios quedando una pendiente de contra – escarpa o sea un talud 0 – 1 (nótese como una pared), que con dicha disección destruyeron la continuidad uniforme de la superficie al cortarla****.*

*“…*

*“Como se pudo constatar, el agua allí existente era un agua apta para el consumo humano ya que aparecía por si sola con la capacidad de aflorar a la superficie del terreno y por tal virtud de ser también un agua potable los dueños construyeron un sistema de acueducto con sus líneas principales y secundarias, partideros y tanques de inversión que fue pérdida (sic) por cuanto el agua ha desaparecido de su nacimiento.*

*“Mediante observaciones se verificó que dicha agua no volverá a su sitio de nacimiento por cuanto existe un movimiento descendente del agua a través del perfil del suelo, dicha percolación es total de la del caudal que afloraba, que era Q=15.67 Lit/seg antes de la realización de dicho túnel.*

*“Por lo expuesto se concluye que por el desaparecimiento de esta agua potable por la mano del hombre se constituye en un daño irreparable e irreversible tanto para el medio ambiente como para el hombre que se suplía del vital líquido* (…).

*“****Ahora bien, al observar el corte del terreno con un talud casi perpendicular borrando totalmente el acceso de forma frontal a los predios hace que sea un proceso antagónico a la orogénesis el cual tiene que contribuir a originar y formar conjuntos topográficos positivos****.*

*“Siendo la Edafología el estudio científico del suelo y de las relaciones entre los suelos y las cosas vivas, incluyendo el empleo de la tierra por el hombre, se constató el gran daño ocasionado al bien inmueble propiedad del demandante JOSÉ FRANCISCO MONTÚFAR DELGADO, GIOCONDA PATRICIA, LUIS MIGUEL Y DOLLY CAROLINA MONTÚFAR DELGADO.*

*“Lucro cesante*

*“Según testimonios de MIGUEL GUTIÉRREZ VARELA CC 11’375.826 de Fusa, HÉCTOR ROMERO MORENO CC 6’031.126 de Villarica, DIOCELINO PAVÓN COGUA CC 11’381.170 de Fusa afirmaron que en esta finca sí había la presencia de más de 50 cabezas de ganado, también este hecho es corroborado por los integrantes de la familia MONTÚFAR DELGADO por tanto y según versión de ellos se tasará partiendo de 62 reses que tenían en el predio, pero a estas no se les dará un valor ya que fueron vendidas, pero sí han dejado de percibir durante estos años por este concepto …*

*“…*

*“SON: DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL, CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS.*

*“…*

*“Pero ahora por la construcción del túnel las aguas desaparecieron en su totalidad ya que por factores antrópicos las aguas se percolaron a través del perfil de suelo.*

*“AVALÚO COMERCIAL DE LOS PREDIOS*

*“…*

*“El valor a tener en cuenta es el de sin agua …*

*“…*

*“ACUEDUCTO*

*“Como el globo general de tierras gozaba con excelentes aguas y suficiente caudal, los propietarios realizaron unos reservorios de donde partían tuberías de conducción para ofrecer este líquido al ganado y en épocas de verano para regar las pasturas.*

*“…*

*“Ya como se cuantificaron los valores aquí no se puede volver a realizar estos, ya que se estaría incurriendo en un error por realizar doble la determinación de los valores a tener en cuenta de la justipreciación, que ya se ejecutó y más adelante se dará la cifra exacta en pesos de los daños si realizaron daños de gran cuantía* ***por cuanto el negocio familiar del cual tenía su sustento los MONTÚFAR DELGADO fue interrumpido por causa de los daños ya descritos y este sí que es uno de los peores daños de tipo colateral ya que sus ingresos por este concepto se anularon de forma intempestiva y total****”* (Se destaca).

En relación con el dictamen pericial se debe señalar que es un medio probatorio que permite verificar los hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de auxiliares de la justicia, quienes, a través de experimentos e investigaciones, realizan un examen de las cosas o personas[[43]](#footnote-43). Ahora bien, para que el juez pueda apreciar y valorar un dictamen pericial, éste debe reunir una serie de requisitos, entre ellos:

*“Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada ‘razón de la ciencia del dicho’, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y* (...) *puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable* (...).

*“Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos* (...) *puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo* (…)*.*

*“Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles* (...) *no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión* (*...*).

*“Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”[[44]](#footnote-44).*

En el asunto *sub examine*, como se vio, el perito designado por el Tribunal Administrativo del Tolima concluyó que como consecuencia de la construcción de la doble calzada Bogotá – Girardot el agua que nacía de la quebrada La Turbina o Gummer,la cual era apta para el consumo humano, desapareció y no volverá a su sitio de nacimiento, toda vez que existió un movimiento descendente de ese recurso hídrico a través del perfil del suelo, razón por la cual esa situación constituía un daño “*irreparable*”, tanto para el medio ambiente como para el hombre que se beneficiaba con el recurso hídrico.

Igualmente, el perito estableció que por “*factores antrópicos*” se destruyó la vía de acceso a los predios, pues quedó una pendiente de *“contra – escarpa o sea un talud 0-1”,* casi perpendicular que borró totalmente el acceso de forma frontal a los bienes de los demandantes.

Para la Sala, las conclusiones consignadas en el mencionado dictamen pericial, que evidencian los daños irrogados a los predios de la parte actora, esto es, el desaparecimiento de la quebrada La Turbina o Gummer, así como el taponamiento de las vías de acceso a esos predios, no sólo están debidamente respaldadas con las pruebas que militan en el expediente -las cuales no fueron refutadas por las demandadas-, sino que, son claras, concretas y precisas; además, el perito designado por el Tribunal es ingeniero agrónomo de profesión y, por ende, calificado en la materia, de lo cual se infiere que sus afirmaciones gozan de rigor[[45]](#footnote-45).

En efecto, el perito para rendir su experticio se trasladó hasta los predios cuyos propietarios eran los demandantes y allí observó que el caudal de la quebrada La Turbina o Gummer había desaparecido, como consecuencia de la construcción del túnel del Sumapaz y que las vías de acceso a esos bienes desaparecieron, lo cual guarda correspondencia con los demás medios probatorios que obran en el expediente.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el dictamen que se practicó en este proceso es claro, preciso y detallado y explica los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones a las que arribó.

Pues bien, de conformidad con la prueba documental y pericial que milita en el expediente, se encuentra acreditado lo siguiente:

- El 1 de julio de 2004, el Inco y la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. suscribieron contrato de concesión cuyo objeto era[[46]](#footnote-46):

*“… el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, la ejecución de las obras de construcción y rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del Inco dados en concesión, para la cabal ejecución del Proyecto Vial ‘Bosa-Granada – Girardot’ …”.*

- El 28 de abril de 2005, la parte actora solicitó a Cortolima una *“visita técnica”* al predio denominado “*San Gabriel*”, el cual estaba ubicado en la inspección del Boquerón, municipio de Icononzo, toda vez que tenía conocimiento de que la construcción del portal de salida del túnel del Boquerón y obras accesorias podrían afectar el nacimiento de agua que abastecía “*la totalidad de la finca, el balneario Roca Bella”* y a otros beneficiarios de ese nacimiento[[47]](#footnote-47).

- El 4 de mayo de 2005, Cortolima realizó la visita al predio; en aquella oportunidad se constató lo siguiente[[48]](#footnote-48):

*“…* [C]*ontinuando el recorrido, establecí que hacia el costado oriental de la finca afloran 2 nacimientos de agua y que hacen separadamente el recorrido con dirección oriente a occidente y hacia el centro de la finca se unen las fuentes hídricas y allí hicieron unas obras de captación para los requerimientos de agua de la finca, al balneario ROCA BELLA y a otros usuarios más.*

*“…*

*“Observando el recorrido del trazo para el túnel del cañón del Sumapaz, el predio va a ser afectado de norte a sur y por tanto se verán afectados los nacimientos que afloran dentro del predio.*

*“…*

*“Recomendación:*

* *Requerir a los propietarios de los predio que se abastecen de agua de estos nacimientos que tramiten la legalización de la utilización del agua …”.*

- El 27 de mayo y el 14 de septiembre de 2006, Cortolima visitó el predio denominado “*Roca Bella*” de propiedad de la señora Erika Jiménez Montúfar, el cual se encontraba ubicado en la inspección del Boquerón, municipio de Icononzo y observó que: *“algunas tomas de aguas que se encuentran sobre estos nacederos y que pertenecen a predios aledaños a la finca ROCA BELLA no han sido legalizados ante la Corporación Autónoma Regional del Tolima ...”*[[49]](#footnote-49)*.*

También se estableció, en esa visita, que el agua de los nacederos que se encontraban en ese predio disminuyeron su caudal.

- El 27 de julio de 2007, Cortolima inspeccionó el predio denominado “*Villa Rosita o (San Gabriel)”* de propiedad de los señores Reinaldo Walteros y Humberto Walteros y constató que la quebrada La Turbina o Gummer que nacía en ese bien, no corría por su cauce y se encontraba seca desde su nacimiento[[50]](#footnote-50).

- La Contraloría Departamental del Tolima realizó una inspección al nacimiento de la quebrada La Turbina o Gummer y concluyó lo siguiente[[51]](#footnote-51):

*“… El señor Francisco Montúfar, al no contar con el agua para satisfacer sus necesidades para el consumo humano y la del ganado, por medio de manguera hace un trasvase del agua de la quebrada.*

*“****En la visita al predio Villa Rosita o San Gabriel de propiedad de los señores Reinaldo y Huberto Walteros, ubicada en la vereda San Rafael del municipio de Icononzo, se pudo constatar que en la raíz de un árbol de Caucho, se localiza lo que fue el nacimiento, el cual está seco, considerando que la visita se efectuó en época de intenso invierno****.*

*“…*

*“En el interior del túnel se pudo constatar que el agua de la quebrada la turbina fue absorbida completamente por el túnel, perdiendo su caudal natural y éstas son recogidas en mangueras y cunetas y llevadas directamente al río Sumapaz …”.* (Negrillas y subrayas de la Sala).

- Cortolima, el 12 de enero de 2010, certificó que los señores Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado no tenían permiso, licencia, concesión o autorización sobre el uso de las aguas del nacimiento Gummer o la quebrada la Turbina, para beneficio de algún predio ubicado en el municipio de Icononzo[[52]](#footnote-52).

- El perito constató que como consecuencia de la obra civil adelantada por la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., en el municipio de Icononzo, el agua que existía en los predios de los demandantes había desaparecido y no volvería a su sitio de nacimiento, toda vez que *“existe un movimiento descendente del agua a través del perfil del suelo, dicha percolación es total de la del caudal que afloraba”*.

Igualmente el perito estableció que las vías de acceso a los inmuebles propiedad de los Montáfur Delgado fueron taponadas como consecuencia de la ampliación de la vía vehicular y la realización del túnel del Sumapaz[[53]](#footnote-53).

- El dictamen pericial aseguró que la parte actora proveía su sustento de la ganadería y que en sus predios había 62 cabezas de ganado.

**4.- Caso concreto**

Teniendo en cuenta que en el libelo introductorio se solicitó que se declarara administrativamente responsables a las entidades demandadas, toda vez que por la construcción del túnel en la inspección del Boquerón y la ampliación de la doble calzada Bogotá - Girardot desaparecieron los nacimientos que abastecían de agua a los predios de los demandantes y, además, se taponaron las vías de acceso a esos bienes, para lo cual en la demandan se narraron los mismos hechos, la Sala estudiará por separado las dos imputaciones.

**4.1.- Desaparición del agua de la quebrada La Turbina o Gummer**

De conformidad con los elementos de juicio obrantes en el expediente, se tiene acreditado el daño por el cual se demandó, esto es, que las aguas de la quebrada La Turbina o Gummer que abastecían a los predios de los demandantes se secaron desde su nacimiento, como consecuencia de la construcción del túnel del Sumapaz.

Previo a establecer si las entidades demandadas deben responder por el daño irrogado a los bienes de los demandantes, resulta importante determinar si las aguas de la referenciada quebrada eran de carácter privado o público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 677 del Código Civil, que consagra lo siguiente:

*“Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.*

*“Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños”.*

Pues bien, en el proceso no se demostró que las aguas que aprovisionaban los predios de los demandantes eran de dominio privado, habida cuenta de que con los informes elaborados por Cortolima y por la Contraloría Departamental del Tolima se probó que el nacimiento de la quebrada La Turbina o Gummer se encontraba en un predio diferente al de los actores, razón por la cual, se concluye que el agua que abastecía esos bienes era de dominio público.

Ahora bien, la regla general para el uso de aguas de esta categoría se encuentra consagrada en el artículo 86 del Decreto-ley 2811 de 1974[[54]](#footnote-54), el cual dispuso lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros.*

*“El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros.*

*“Cuando para el ejercicio de este derecho se requiera transitar por predios ajenos, se deberá imponer la correspondiente servidumbre”.*

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 88[[55]](#footnote-55) del aludido Decreto, ha sostenido que *“*[o]*tro uso diferente de las aguas de dominio público* ***se encuentra sujeto a concesión****”* (Se destaca)[[56]](#footnote-56).

En efecto, la Sala ha considerado lo siguiente:

*“Las normas transcritas* [contenidas en los Decretos 2811 de 1974 y 1541 de 1978]*establecen un régimen especial para el uso de aguas de dominio público, cuya regla general predica que pueden ser utilizadas para el consumo doméstico;* ***para otro tipo de usos, como el agrícola****, industrial, minero o energético* ***se requiere de una concesión por parte del Estado****, quien establece la cantidad, las condiciones y los límites de su utilización (…)”.* (Se destaca).

Las anteriores determinaciones se acompasan con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1541 de 1978, según el cual: *“No se pueden derivar aguas de fuentes o depósitos de aguas de dominio público, ni usarlas para ningún objeto, sino con arreglo a las disposiciones del Decreto-ley 2811 de 1974 y del presente reglamento”.*

Dentro de este contexto, conviene destacar que en el caso en estudio se demostró que la parte actora derivaba su sustento de la ganadería y que en sus predios había 62 cabezas de ganado, lo cual implica que el uso que se le daba a las aguas era agrícola.

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

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

De conformidad con lo anterior, se concluye que, como ya se dijo, se trata de una fuente hídrica del Estado y su uso se encuentra sometido a un régimen especial, toda vez que su aprovechamiento, ocupación o explotación, solo se permite a través de la concesión y, en todo caso, su administración y autorización para tal uso radica en cabeza del Estado, tal como lo prevén los artículos 155 del Decreto-ley 2811 de 1974[[57]](#footnote-57) y 31 de la Ley 99 de 1993, según los cuales el otorgamiento de la concesión estará a cargo de la Corporación Autónoma Regional correspondiente[[58]](#footnote-58).

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

Así lo determinó esta Sala:

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

*“Lo anterior impone precisar que aquellas personas que según la propia demanda habrían usado con fines agrícolas el caudal del río Pescador <<sin ningún tipo de concesión legal>>* ***no podrán resultar beneficiados de la condena que aquí se establecerá, toda vez que carecen del título legal para ello”[[59]](#footnote-59)*** (Negrillas y subrayas del original).

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

Al respecto, la Sala ha considerado:

*“Lo expuesto conduce fácilmente a la Sala, a sostener que los aquí demandantes, directamente o a través de otros, permitieron hacer o hicieron esas conexiones fraudulentas de energía, para incurrir de esa manera en un hecho ilícito, como en efecto lo es el aprovechamiento ilegal del servicio público de energía eléctrica, creando, además, ellos mismos, un riesgo que finalmente se concretó en la muerte del menor.*

*“Es un principio conocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico que* ***aquel que comete un acto ilícito no puede obtener provecho de éste****; en el sub-lite la parte actora no solamente realizó directamente o través de otros una conducta ilícita como lo es el hurto de redes de energía eléctrica a través de instalaciones fraudulentas, sino que luego cuando se produce el deceso del menor Julio Alisandre Pérez Díaz pretende la indemnización del daño, el cual, se repite, se concretó en razón del riesgo patrocinado o creado para el menor y para ellos mismos, por los propios demandantes.*

*“****Es sabido que nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio, ni mucho menos para trasladársela a la administración****, cuando es lo cierto, que por parte del menor y de sus progenitores se incurrió en un protuberante error de conducta, que bordea, además, las normas del Código Penal, al utilizar clandestina e ilícitamente la energía eléctrica cuyos derechos no habían cancelado conforme a la ley.*

*“Para la Sala resulta inaceptable y éticamente cuestionable prohijar que el hecho ilícito, irregular o ilegítimo, como es la utilización de la energía eléctrica sin autorización y asesoría de la empresa prestadora del servicio, se convierta en una fuente de enriquecimiento; o que los daños resultantes de comportamientos ilegales de los reclamantes, inviertan su carácter reparador o resarcitorio para tornarse en el origen de un indebido, y censurable enriquecimiento.* ***Mal podría patrocinar la Sala este tipo de comportamiento ilegal, so pena de resultar, en últimas, indemnizando los daños generados en conductas contrarias a la ley, como la referida en este proceso, por cuanto lo ilícito, lo ilegítimo, lo irregular, no constituye, ni puede ser fuente de enriquecimiento indebido****”*[[60]](#footnote-60)(Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

En línea con el anterior pronunciamiento, cabe señalar que el Código Penal vigente para la época de los hechos –Ley 599 de 2000–, en su artículo 328, preveía:

*“ARTICULO 328. ILICITO APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES.* ***El que con incumplimiento de la normatividad existente*** *introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche* ***o se beneficie*** *de los especímenes, productos o* ***partes de los recursos*** *fáunicos, forestales, florísticos,* ***hidrobiológicos*** *de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa hasta de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.* (Se destaca).

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

Por consiguiente, se confirmará en este punto la sentencia apelada, pero por las razones que se dejaron expuestas en precedencia.

**4.2.- Responsabilidad por el taponamiento de las vías de acceso a los predios de los demandantes**

De conformidad con el dictamen pericial practicado en este proceso se acreditó que como consecuencia de la construcción de la doble calzada Bogotá – Girardot se destruyó la vía de acceso a los predios de los demandantes, toda vez que por factores antrópicos[[61]](#footnote-61) se hizo una pendiente de contra – escarpa, es decir un talud 0-1 “*nótese como una pared*” y con esa disección se devastó la continuidad uniforme de la superficie lo que ocasionó que el ingreso a los bienes de la parte actora fuera imposible.

En los casos en los cuales se debate la responsabilidad del Estado por daños a bienes inmuebles ocasionados por la construcción de una obra pública que representa un beneficio a la comunidad, la Sala[[62]](#footnote-62) ha considerado en múltiples providencias que se debe aplicar el régimen de responsabilidad objetivo bajo el título de imputación de daño especial.

Así lo sostuvo la Sección Tercera en un caso similar al que ahora se debate[[63]](#footnote-63):

*“En este orden de ideas, se ha concluido que el daño es imputable al Estado bajo el régimen de responsabilidad objetivo, en consideración a que el perjuicio no tiene origen en la ilegalidad de un acto administrativo ni en una falla del servicio. Así lo ha establecido la Sala en múltiples providencias. En sentencia del 25 de septiembre de 1997, dijo:*

*‘El caso planteado en la demanda encuadra dentro del régimen de responsabilidad que gobierna el daño especial. Para que dicha figura jurídica tenga plena aplicación debe reunir los siguientes elementos:*

*‘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 deben 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.*

*‘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.*

*‘La Sala con respecto a los hechos que motivaron la presente controversia, en sentencia de junio 16 de 1994, expediente No 8965, actor Clara Rugeles de Albornoz y Otros, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández puntualizó lo siguiente:*

*‘Ahora bien, el hecho de que los bienes de uso público, entre los cuales se encuentran las calles o vías y los puentes, sean de propiedad de la Nación, conforme lo dispone la Constitución Política y el artículo 674 del C.C., ello no implica que todo hecho u obra ejecutada sobre los mismos automáticamente traslade la responsabilidad a cargo de la Nación, puesto que por mandato legal (Ley 97 de 1913) los Concejos Municipales fueron facultades para ejecutar trabajos de ensanche, trazados, reparación y ampliación de las vías municipales, en cuyo caso, si algún perjuicio se causare, corresponde al ente municipal ejecutor de la obra responder exclusivamente por dicho daño sin comprometer a la Nación. En tales condiciones debe el Distrito Capital de Santafé de Bogotá asumir la responsabilidad por los daños que la ejecución del puente de la calle 53 con carrera 30 ocasionó a los demandantes.*

*‘El tribunal acertadamente manejó este caso con base en el régimen de responsabilidad por daño especial caracterizado por presentarse en aquellas situaciones en las que la administración en desarrollo de una actividad legítima afecta los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, a cuya consecuencia se causa un daño especial al administrado, cuya situación particular no puede enmarcarse dentro de un régimen distinto de responsabilidad.*

*‘Dicho régimen resulta aplicable en el sub-judice por cuanto el Distrito Especial de Bogotá, en desarrollo de una actividad legítima y beneficiosa para la colectividad, causó un daño patrimonial a los demandantes y desequilibró así la igualdad que debe existir entre los administrados frente a la ley y frente a las cargas públicas, al tener que soportar ellos y sus vecinos el daño especial que generó la construcción del puente mencionado’ ”[[64]](#footnote-64).*

Dentro de este contexto, se tiene que en el proceso se demostró que como consecuencia de la construcción de la doble calzada Bogotá - Girardot se taponaron las vías de acceso de los predios de los demandantes, lo cual, a juicio de la Sala, constituye un daño anormal y excepcional.

Así las cosas, se concluye que la causa del daño es una actividad lícita de la Administración, como es la construcción de la doble calzada Bogotá - Girardot y, a pesar de su legalidad, lo cierto es que los demandantes se vieron obligados a soportar una carga excepcional o un mayor sacrifico que rompió la igualdad ante las cargas públicas[[65]](#footnote-65).

Con fundamento en lo anterior, se declarará la responsabilidad patrimonial del Estado, por el daño causado a los demandantes con ocasión de la construcción de una obra pública.

Ahora bien, en el proceso se demostró que el 1 de julio de 2004, el Inco y la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. suscribieron contrato de concesión*,* para la ejecución del proyecto vial “*Bosa - Granada – Girardot*”, por consiguiente, fue esa sociedad la que adelantó la obra de ampliación de la doble calzada Bogotá – Girardot; sin embargo, ello no exonera de responsabilidad patrimonial al Inco como contratante de la obra y titular de la función que llevó a la celebración y ejecución de dicho contrato, toda vez que el Estado es dueño de la obra que ejecuta un contratista.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado en relación con la posibilidad de imputar al Estado responsabilidad por los daños causados por el hecho de sus contratistas[[66]](#footnote-66):

*“****Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general****. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante (sic) de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública, no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal.*

*“****En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa.*** *Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que (sic) la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista.* ***No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta* (...)**.

*“****Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos* (...)**.

*“(...)*

*“****La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es (sic) ‘res Inter Alias acta’ frente a los terceros. Por este motivo, la demandante al accionar contra la empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido****”.* (Negrilla por la Sala).

De conformidad con lo anterior, se tiene que tanto el Inco como la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. son responsables por los daños irrogados a la parte actora y, por tanto, deben resarcir los perjuicios ocasionados por el taponamiento de las vías de acceso a los predios de los demandantes.

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto que el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones –Inco- por el de Agencia Nacional de Infraestructura, razón por la cual la condena que se imponga deberá ser asumida por esta última entidad.

**5.- Indemnización de perjuicios**

**5.1.- Perjuicios morales**

En relación con los perjuicios morales solicitados en la demanda a favor de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado, conviene precisar que la Sala ha reconocido indemnización de perjuicios morales por la afectación a un bien material siempre y cuando se encuentren acreditados*[[67]](#footnote-67)*.

*“…la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios,* ***aquéllos sean demostrados en el proceso****. Para que haya lugar a la reparación del perjuicio basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. Corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas; por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba…”.*

Pues bien, en el proceso no obra algún elemento de juicio que permita establecer que efectivamente a los señores Montúfar Delgado se les causo un perjuicio moral, como consecuencia del taponamiento de las vías de acceso a los predios de su propiedad y, por tanto, la Sala denegará el reconocimiento de perjuicios morales.

**5.2.- Perjuicios materiales**

**5.2.1.- Lucro cesante**

En el dictamen pericial decretado y practicado en este proceso, en relación con el lucro cesante se dijo:

*“Lucro cesante*

*“Según testimonios de MIGUEL GUTIÉRREZ VARELA CC 11’375.826 de Fusa, HÉCTOR ROMERO MORENO CC 6’031.126 de Villarica, DIOCELINO PAVÓN COGUA CC 11’381.170 de Fusa afirmaron que en esta finca si había la presencia de más de 50 cabezas de ganado, también este hecho es corroborado por los integrantes de la familia MONTÚFAR DELGADO por tanto y según versión de ellos se tasará partiendo de 62 reses que tenían en el predio, pero a estas no se le dará un valor ya que fueron vendidas, pero si han dejado de percibir durante estos años por este concepto”.*

La Subsección denegará el reconocimiento de este perjuicio, toda vez que en el proceso se demostró que la parte actora derivaba su sustento de la ganadería y que utilizaba las aguas de la quebrada La Turbina o Gummer sin la respectiva concesión para suministrar este recurso natural al ganado, tan es así que el dictamen pericial fue edificado sobre la base de lo que los actores dejaron de percibir por su actividad agrícola y el perito, al cuantificar este rubro, así lo abarcó y lo analizó y como quiera que la Sala consideró que no es procedente reconocer algún tipo de perjuicio por la utilización de las aguas sin la respectiva concesión, es evidente que no es procedente acceder a la indemnización solicitada en la demanda por este concepto.

**5.2.2.- Daño emergente**

El auxiliar de la justicia tasó el daño emergente de la siguiente manera:

*“Daño emergente*

*“En virtud, que por efecto de la ampliación de la vía vehicular y la realización del túnel del Sumapaz, se realizaron unos cortes en el predio, los demandados borraron totalmente la vía de acceso que tenían los MONTÚFAR DELGADO para su ingreso o salida a sus predios y dado que fue el daño ocasionado y por tenerse que resarcir, esta se calcula la realización del acceso así (sic):*

*“A= área de corte*

*V= vol. De suelo a remover*

*V= AxL; L=longitud*

*A= b.h+zh2*

*Z= pendiente de la vía (se asume para ingreso de automóviles y camiones).*

*Z= 1*

*H= profundidad de corte*

*b= ancho de la vía*

*B= Boca de corte para suavizar el talud de las paredes*

*B= b+2zh*

*h= 6.00 m*

*h= 4.00 m*

*B = 4.0+2(1)(6.0)=16m2*

*A= (4.0+16)/2 = 10m2*

*V= 10m2x50m = 1500 m3*

*V=h/2xBxbxL*

 *2*

*3x10x50*

*“Se van a mover 1500m3 de tierra y trasportar a una cantera localizada a 1500m de distancia con volquetas de capacidad de 8m3.*

*“Factor de expansión volumétrico = 25% para suelo disturbado.*

*“Utilizando un cargador de carrieles con cucharon para 1.53 m3 de capacidad y un tiempo de recogida y descargue de 0.72 min.*

*“El cargador y la volqueta empezaran a trabajar cuando el buldócer haya removido el 40% del volumen total = 600 m2*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | *Buldócer* | *Cargador* | *Volqueta* | *Nivelada* | *Compactada* |
| *Costos $/h* | *100.000* | *3000cuch* | *30.000* | *80.000* | *50.000* |
| *Efic.Op* | *70%* | *70%* | *70%* | *50%* | *60%* |
| *Vel avance* |  |  | *25k/m* |  |  |
| *Regreso* |  |  | *40k/m* |  |  |
| *Fact. Acarreo* |  | *09* | *095* |  |  |
| *C/cidad* | *100m3/h* | *1.53m3/cu* | *8m3* | *10m3/h* | *5m3/h* |
| *Durac. Ciclo* |  | *0.72 min* |  |  |  |

*“Volumen de esparción = 1500x0.25=375+1500=1875m3*

*“1. BULDÓCER:*

*1h = 100 m3 x=18.75 Horas*

*X = 1875 m3*

*18.75/07 efic = 26.78 horas*

*Costos: $1’000. 000x26.78h = $2’678.000.*

*“2. CARGADOR:*

*1.53m3/cucharx0.9 = 1.377 m3/cucharon*

*1 cucharada = 1.377m3 x=1361.65 – 1362*

*X = 1875m3*

*Si 0.72 min = 1 cucharada x = 327 min*

 *X = 1362 cucharadas X = 980.64 min*

*1 hora = 60 min*

 *X = 980.64 min x = 16.344*

*Eficiencia = 5.45/0.7 = 23.348 horas*

*Si:*

*1 cucharada = $ 3000*

*1362 cucharadas = X*

*X = 4’086.000*

*“3. VOLQUETA*

*Eficiencia: 8 M3 X 0.95 = 7.6 M3 / viaje*

*7.6 M3 = 1 viaje*

*1875 M3 = X X = 247 viajes*

*Duración del cielo = T.T = T.F. + T.V.*

*T.V (tiempo viaje) = dist + dis = 1.5 K + 1.5 K = 0.0975 h*

 *Vel ida vel reg 25k/h 40 k/h*

*T.F (tiempo final) = El cargador 0.72 min = 0012 y 1.377 M3 / cucharon*

*T.F = 0012h = 1.377 M3/cuch*

 *X = 7.6 X=0066h*

*T.T/V = 0066h + 00975 h = 0.1635 h*

*T.T. = 0.1635 X 82.24 viajes = 13.45 horas*

*Efic = 247/07 = 353 viajes*

*$ 30.000 = viaje*

 *X = 353 viaje X = 10’590.000*

*“RECEBADA Y AFRIMAMIENTO*

*Ancho de la vía = 4.00 M*

*Espesor sub – base = 0.6 M*

*Área = 4x0.6x50 = 120 M2*

*“NIVELADORA*

*1h = 10M3*

*X = 120M3 X = 12 horas Eficiencia = 12h/5 = 24h*

*$80.000 X 24h = 1’920.000*

*“COMPACTADORA:*

*1H = 5 M3*

*X = 120 M3 x = 24H Eficiencia 24h/06 = 40h*

*$50.000 x 40 = $2’000.000*

*“Recebo:*

*120M3 X 0.6cm = 200M3*

*A 60.000 el viaje puesto en obra*

*No. Viajes. 200M3 = 25 viajes*

*$60.000 X 25 = 1’500.000*

*Valor cama baja = $300.000/viaje*

*Buldócer + cargador + compactadora = 3 viajes*

*$3000.000 X 3 = 900.000*

*Costo total de obra:*

*2’678.000 + 4’086.000 + 10’590.000 + 1’920.000 + 2’000.000 + 1’500.000 + 900.000 = $23’.674.000 …”.*

La Sala encuentra acreditado el perjuicio material en la modalidad de daño emergente por lo que le costaría a los demandantes realizar de nuevo las vías de acceso a sus predios.

Para la liquidación del perjuicio la Sala acogerá la estimación que se realizó en el dictamen pericial, toda vez que allí se determinó la maquinaria que se utilizaría, la cantidad de tierra que se movería, la distancia que habría que recorrer para transportar los escombros y el tiempo que llevaría restablecer las vías de acceso a los bienes de los demandantes.

Así las cosas, en el experticio se determinó que el costo de la obra, es decir, reabrir las vías de acceso a los predios de los demandantes, costaría un total de $23’674.000, esa cifra será actualizada de la siguiente manera:

 Índice final - febrero/2017 (136.12)

Ra = R ($23’674.000) --------------------------------------------------

 Índice inicial[[68]](#footnote-68) - nov/2009 (101.92)

Por tanto, se reconocerá, de manera conjunta, a título de perjuicio material en la modalidad de daño emergente, la suma única de $31’617.983, a favor de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado.

**5.2.3.- Otros perjuicios solicitados en la demanda**

En el libelo introductorio también se pidió que:

*“… 2. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a LA NACIÓN, EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES ‘INCO’ y CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A., a pagar a los propietarios por concepto del daño ocasionado, el valor actual comercial de la totalidad de cada predio. Y que para el avalúo del metro cuadrado, se tenga como base el realizado por la concesión autopista Bogotá – Girardot, para la compra de uno de los predios afectados, cual es el No. 366-33531; certificado de Libertad el cual anexo Y QUE NOS DA UN AVALÚO DE $8.305, POR METRO CUADRADO; por cuanto la Concesión avaluó y compró 5.900 metros por $49’000.000, según consta en el Certificado”.*

La Sala denegará el reconocimiento de este perjuicio, habida cuenta de que en el dictamen pericial se avaluaron los predios de los demandantes sin agua. En ese sentido, se reitera, no es procedente reconocer indemnización alguna por la utilización de las aguas sin el título habilitante para ello.

En línea con lo anterior, conviene precisar que no se demostró en el proceso que los bienes de los demandantes hubieren sido objeto de expropiación, ni ocupación, y tampoco que los actores hubiesen perdido la propiedad de esos inmuebles ni total ni parcialmente, razón por la cual resulta improcedente acceder a esta pretensión por lo que se denegará.

Finalmente, la Sala considera importante advertir que en este caso no es procedente dar aplicación al artículo 220 del Código Contencioso Administrativo[[69]](#footnote-69), toda vez que, se reitera, no se demostró que, como consecuencia de la afectación de los bienes de los demandantes, ellos hubiesen perdido, total o parcialmente, la propiedad de los predios y tampoco se ordenará el pago del valor de los inmueble, tal y como lo dispone la norma en mención.

**6.- Llamamiento en garantía.**

El artículo 57 del Código de Procedimiento Civil reguló lo correspondiente al llamamiento en garantía y estableció que podía solicitarlo aquella persona que tuviera “*derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia…”.*

En relación con los requisitos que debe reunir la citación, el artículo 55 de la misma codificación dispuso:

* El nombre de la persona llamada y el de su representante, si aquél no puede comparecer por sí mismo al proceso.
* La indicación del domicilio del denunciado o, en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación - bajo juramento - que se ignoran.
* Los hechos en que se basa la denuncia y los fundamentos de derecho que se invoquen.
* La dirección de la oficina o habitación donde el denunciante y su apoderado recibirán notificaciones personales.

En el presente caso, el Inco solicitó llamar en garantía a la sociedad Suramericana de Seguros S.A[[70]](#footnote-70), petición a la cual se accedió por parte del Tribunal Administrativo *a quo* mediante providencia del 13 de mayo de 2009[[71]](#footnote-71).

El Inco para acreditar el vínculo contractual existente anexó, con el escrito de llamamiento en garantía, copia auténtica de la póliza *“*[de] *responsabilidad civil derivado de cumplimiento y recibo de prima”* N° 7640672-0 expedida por la Suramericana de Seguros S.A. en la que se observa lo siguiente:

*“… CIUDAD Y FECHA DE EXPEDICIÓN*

*BOGOTÁ D.C., 11 DE JULIO DE 2008*

*“TOMADOR*

*CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A.*

*“ASEGURADO*

*CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A. Y/O INSTUTITO NACIONAL DE CONCES (sic).*

*“BENEFICIARIOS*

*TERCEROS AFECTADOS*

*“VIGENCIA*

*DESDE HASTA*

*01-JUL-2008 01-JUL-2009*

*“FECHA A PARTIR DE LA CUAL SE UTILIZA*

*26/01/2004*

*“TEXTOS Y ACLARACIONES*

*“RENOVACIÓN DE LA PÓLIZA # 1077000017202, PARA LA VIGENCIA 2008/2009*

*“OBJETO DEL SEGURO: AMPARAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LESIONES A TERCERAS PERSONAS, O DAÑOS A BIENES DE TERCEROS, YA SEAN NATURALES O JURÍDICAS CAUSADAS EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES PROPIAS CON OCASIÓN DEL PROYECTO VIAL BOSA – GRANADA – GIRARDOT, MEDIANTE CONTRATO DE CONCESIÓN #GG-040-2004…”.*

De conformidad con la referida póliza de responsabilidad No. 7640672-0, expedida por la sociedad Suramericana de Seguros S.A., se tiene que estuvo vigente desde el 1 de julio de 2008, hasta el 1 de julio de 2009. Por su parte, en el caso en estudio se demostró que los demandantes tuvieron conocimiento del taponamiento de las vías de acceso a sus predios el 21 de diciembre de 2007.

Así las cosas, resulta evidente que el siniestro amparado ocurrió con anterioridad a la vigencia de la póliza *“*[de] *responsabilidad civil derivado de cumplimiento y recibo de prima”*, razón por la cual se concluye que para el momento en que se conoció el daño por parte de los demandantes la póliza de seguro no estaba vigente.

En línea con lo anterior, conviene precisar que si bien en la póliza que se allegó a este proceso se hizo la anotación “*RENOVACIÓN DE LA PÓLIZA # 1077000017202, PARA LA VIGENCIA 2008/2009”,* lo cierto es que esa mención no se puede acoger para efectos de señalar que para el momento en que se tuvo conocimiento del hecho dañoso por el cual se demandó, la póliza estaba vigente, toda vez que no se tiene certeza si para ese preciso momento existía una póliza de seguro, o las condiciones del contrato de seguro y tampoco si el daño estaba amparado.

Así mismo, la Sala observa que en la referenciada póliza de seguro se consignó: “*FECHA A PARTIR DE LA CUAL SE UTILIZA 26/01/2004”*;sin embargo, esa circunstancia tampoco ofrece la convicción necesaria para establecer que para el momento en que se conoció el daño, el contrato de seguro estaba vigente, por la sencilla razón de que el contrato de concesión se suscribió el 1 de julio de 2004.

En ese sentido, se establece que la aseguradora no puede asumir el pago de la condena impuesta al Inco (ahora Agencia Nacional de Infraestructura).

**7. Condena en costas**

Dado que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna de ellas actuó de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A,administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A :**

**PRIMERO:** **ACEPTAR** el impedimento manifestado por el doctor Hernán Andrade Rincón, por lo que, como consecuencia, queda separado del conocimiento del presente asunto.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Tolima, el 17 de agosto de 2010 y, en consecuencia, se dispone:

**1. DECLARAR** patrimonialmente responsables a la Nación – Agencia Nacional de Infraestructura (antes Inco) y a la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. por el taponamiento de las vías de acceso a los bienes identificados con matrícula inmobiliaria No. 36-33881, 366-33882, 366-33883, 366-33884; 366-33533, 366-33534 y 366-25394 de propiedad de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado.

**2. CONDENAR** a la Nación – Agencia Nacional de Infraestructura (antes Inco) y a la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. a pagar solidariamente de manera conjunta la suma única de $31’617.983, a favor de los señores José Francisco Montúfar Delgado, Gioconda Patricia Montúfar Delgado, Luis Miguel Montúfar Delgado y Dolly Carolina Montúfar Delgado, a título de perjuicio material en la modalidad de daño emergente.

**3.** En forma previa al pago, téngase en cuenta la vigencia del embargo decretado por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ibagué, en su caso, el trámite de cancelación del mismo.

Reconocido en auto del 20 de mayo de 2013, folios 628 y 630 del cuaderno principal, segunda instancia.

**4.** **DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**5.** Sin condena en costas

**6.**. **CUMPLIR** lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**7. EXPEDIR** a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 43 a 51 c 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 55, 134, 135 c 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 119 a 131 c 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fl. 142 a 171 c 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 12 y 13 c 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 14 c 2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 26 c 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 54 a 70 c 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 1078 c 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 284 a 359 c 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls 360 a 395 c ppal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 401 a 408 c 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 458 a 480 c ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls. 507 a 523 c ppal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 524 a 530 c ppal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls. 532 a 584 c ppal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl. 619 c ppal. [↑](#footnote-ref-17)
18. *“****Artículo 150. Causales de Recusacion.*** *Son causales de recusación las siguientes:*

*2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.”* [↑](#footnote-ref-18)
19. La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa, de conformidad con la Ley 954 de 2005 - 500 S.M.L.M.V., que equivalía a $230’750.000, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el año 2008 y el salario mínimo para ese año se fijó en la suma de $461.500; por los daños ocasionados a los demandantes se solicitó la suma de $2.428’448.440. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de mayo de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 31187, reiterada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp 36646. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994. ‘[…] máxime cuando, como en el caso sub - júdice, la demanda afirma que tan pronto se construyó el muro en la margen izquierda del río, paralelo a la carretera y para protección de su banca, ni siquiera empezaron los perjuicios sino que sólo se agravaron, y a que el proceso erosivo se había iniciado desde muchos años antes (unos 16)’. Posición sostenida en: Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 1 de octubre de 2014, expediente 33767. ‘[…] Según lo manifestado por la parte demandada, para la época en que formuló la demanda (15 de febrero de 2002) la acción estaba caducada, ya que el término debía contarse desde el momento en que inició la ejecución del contrato, esto es, desde el 18 de noviembre de 1997; sin embargo, como atrás se advirtió, lo importante para contabilizar dicho término es identificar la fecha en la que culminó la obra en el predio afectado. Ahora, comoquiera que en este caso la parte demandada no demostró el momento en que terminó la obra sobre el inmueble cuya posesión alegan los demandantes y, en su lugar, está demostrado que la totalidad de la misma culminó el 15 de febrero de 2000, se infiere que la acción de reparación directa se ejerció dentro del término de ley’.”*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. ‘[…] La premisa para este tipo de casos es que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño […] En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida’.”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Cita del original: *“Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281. ‘[…] el daño que se reclama es precisamente la ocupación del inmueble una vez culminada la obra, mientras que en la segunda hipótesis la lesión antijurídica que se invoca reside en la afectación a bienes, derechos o intereses legítimos –distintos a la ocupación del terreno– en medio de la ejecución de la obra pública’ ”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Cita del original: *“Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. ‘[…] En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contrariaría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos’.”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. ‘[…] En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio’.”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. ‘[…]sostuvo la Sala que si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo’. Reiterada en las siguientes providencias: 10 de noviembre de 2000, expediente 18805; de 27 de febrero de 2003, expediente 23446; 2 de febrero de 2005, expediente 27994; de 11 de mayo de 2006, expediente 30325; de 18 de julio de 2007, expediente 30512”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. ‘[…] Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio pro actione debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción’. Reiterada en las siguientes providencias: 10 de noviembre de 2000, expediente 18805; de 27 de febrero de 2003, expediente 23446; 2 de febrero de 2005, expediente 27994; de 11 de mayo de 2006, expediente 30325; de 18 de julio de 2007, expediente 30512”.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Cita del original: *“Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 15093”.*

 Cita del original: *“Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente 22364”*. [↑](#footnote-ref-29)
30. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fls. 34 a 39 c 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Fls. 22 y 23 c 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fls. 10 a 13 c 3. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fl. 8, 9, 10, 11 c 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fl. 12 c 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fl. 13 c 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Fl. 15 c 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fl. 14 c 1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Fls. 241 a 243 c 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fl. 254 c 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fls. 3 a 39 c 3. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fl. 40 c 3. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2015, exp. 29794, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-43)
44. DEVIS ECHANDIA, Hernando: “*Teoría general de la prueba judicial*”*, Tomo segundo*, Temis, Bogotá, 2002, págs. 321- 326. [↑](#footnote-ref-44)
45. *“Artículo 241 del C. de P.C.- Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”*. [↑](#footnote-ref-45)
46. Contrato de concesión No. GG-040-2004. Fls. 290 a 460 c 4. [↑](#footnote-ref-46)
47. Documento elaborado por la parte actora y radicado ante Cortolima el 28 de abril de 2005. Fls 20 y 21 c 1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Documento del 4 de mayo de 2005 expedido por Cortolima. Fls 32 y 33 c 1. [↑](#footnote-ref-48)
49. Documentos del 27 de julio y 14 de septiembre de 2006, expedidos por la Dirección Territorial Oriente de Cortolima. Fls. 17 a 19 c 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Documento denominado “*Informe Visita Inspección de Boquerón 27-07-07”* elaborado el 30 de julio de 2007 por director territorial oriente, Subdirección de calidad ambiental de Cortolima. Fls. 34 a 39 c 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Documento denominado “*Informe visita al municipio de Icononzo, sector del corregimiento del Boquerón*” expedido por la Contraloría Departamental del Tolima. Se aclara que el documento no contiene fecha de elaboración. Fls. 228 a 236 c 1. [↑](#footnote-ref-51)
52. Oficio No. 125 DTSO del 12 de enero de 2010, expedido por el Director Territorial Sur Oriente de Cortolima. [↑](#footnote-ref-52)
53. Dictamen pericial elaborado el 24 de noviembre de 2009. Fls 14 a 39 c 3. [↑](#footnote-ref-53)
54. **Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.** [↑](#footnote-ref-54)
55. *“Artículo 88.-Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión”.* [↑](#footnote-ref-55)
56. Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp. 12.492, M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, reiterada por el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 34.392. [↑](#footnote-ref-56)
57. *“****Artículo 155º.-*** *Corresponde al Gobierno:*

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

*“(…)”.* [↑](#footnote-ref-57)
58. *“ARTÍCULO 31. FUNCIONES. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:*

*“9) Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva”.* [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 760012331000200300834-02 (AG), M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E), reiterada por el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 34.392. [↑](#footnote-ref-59)
60. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, exp.11.815, M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar, reiterada por el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 34.392. [↑](#footnote-ref-60)
61. *“La palabra antrópico proviene etimológicamente del vocablo griego ἄνθρωπος, que se pronuncia “anthropos” y su significado es "humano". Es por ello que con antrópico se designa todo lo que es relativo al ser humano, por oposición a lo natural, y especialmente se aplica a todas las modificaciones que sufre lo natural a causa de la acción de los humanos”.* Según información consultada en la siguiente página web: <http://deconceptos.com/ciencias-sociales/antropico>. Página consultada el 3 de agosto de 2017. [↑](#footnote-ref-61)
62. Pueden consultarse, entre muchas otras, las providencias dictadas por el Consejo de Estado Sección Tercera el 28 de octubre de 1976, exp: 1482, M.P. Dr. Jorge Valencia Arango; el 25 de septiembre de 1997, exp: 10.392, M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros; el 13 de diciembre de 2005, exp: 24.671, M.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-62)
63. Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 16.986, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-63)
64. Cita del original: *“Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros”.* [↑](#footnote-ref-64)
65. Sobre el tema puede consultarse la sentencia dictada por el Consejo de Estado Sección Tercera el 13 de diciembre de 2005, exp: 24.671, M.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-65)
66. Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 13 de febrero de 2003, exp. 12654, M.P. Alier Eduardo Hernández, reiterada por el Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 32747, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-66)
67. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2004, expediente AG-2002-00226. M.P. Ricardo Hoyos, reiterada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de julio de 2015, exp 32.519, M.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-67)
68. Se aclara que tomará como índice inicial la fecha en que se presentó el dictamen pericial al Tribunal Administrativo de primera instancia. [↑](#footnote-ref-68)
69. *“Artículo 220. Si se tratare de ocupación permanente de una propiedad inmueble, y se condenare a una entidad pública, o a una entidad privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título translaticio de dominio”.* [↑](#footnote-ref-69)
70. Fls. 12 y 13 c 2. [↑](#footnote-ref-70)
71. Fl. 14 c 2. [↑](#footnote-ref-71)