



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, nueve (9) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: VICTOR ORTEGA VILLAREAL
DEMANDADO: MUNICIPIO DE VALLEDUPAR – CORPOCESAR –
ORBE CONSTRUCCIONES SA
RADICADO: 20-001-33-33-003-2015-00282-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a proferir sentencia en cumplimiento de fallo de tutela proferido por el H. Consejo de Estado.

II.- ANTECEDENTES.-

El pasado 15 de marzo de 2019, esta Corporación profirió sentencia de segunda instancia al interior del presente expediente, donde resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la providencia de veinticinco de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: CONFIRMAR en sus demás partes, providencia de veinticinco de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

CUARTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia (...).”

Luego, el H. Consejo de Estado, en providencia del 11 de julio de 2019, dictada en el trámite de una acción de tutela interpuesta por ORBE CONSTRUCCIONES SA, resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Municipio de Valledupar, según lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho al debido proceso de la sociedad Orbe SAS Construcciones, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS el numeral 1° de la sentencia del 15 de marzo de 2018 dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar y ordenar a la citada autoridad que, en el término perentorio e improrrogable de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, dicte una providencia de reemplazo, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión, esto es, sin considerar la buena o mala fe del demandante en la actuación, aplicando criterios objetivos y verificables en el expediente.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

QUINTO: En caso de que la sentencia no sea debidamente impugnada, ENVIAR a la Corte Constitucional este proceso para su eventual revisión.

SEXTO: Ejecutoriada la sentencia, remitir el expediente al Tribunal Administrativo del Cesar para que dicte la providencia de reemplazo que se ordena en esta providencia”.

Así las cosas, se procede a dictar sentencia.

ANTECEDENTES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del veinticinco (25) de enero¹ y la sentencia de complementación de fecha quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)², y por la parte demandada ORBE CONSTRUCCIONES S.A.S contra la sentencia de complementación de fecha quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Tercero (3°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, propuesta por el apoderado judicial de Corpocesar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NIÉGUESE las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condénese en costas a la parte actora. Por secretaría hágase la liquidación respectiva e imprímasele el trámite previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 de C. P. A. C. A.

CUARTO: Por secretaría, hágase entrega al demandante, de saldo de gastos ordinarios si los hubiere.

QUINTO: En firme esta providencia archívese el expediente”.

Luego, mediante providencia de 15 de febrero de 2018, se complementó la decisión inicial, resolviendo:

¹ Ver folio 1.266 al 1.315 del expediente.

² Ver folio 1.344 al 1.348 del expediente.

"(...) PRIMERO: ADICIONAR el siguiente numeral a la sentencia de fecha 25 de enero del 2018, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, así:

"SEXTO: Levántese las medidas cautelares ordenadas en providencias de fechas 23 de julio de 2013 y 10 de octubre del 2014, conforme lo expuesto"

SEGUNDO: No adicionar la sentencia de fecha 25 de enero del 2018, en lo relacionado con la solicitud de condena por responsabilidad patrimonial de las partes en aplicación del artículo 80 del CGP, de conformidad con lo expuesto".

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

"PRIMERA: Que se declare que EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, LA CURADURÍA URBANA N° 1 DE VALLEDUPAR, LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CESAR Y LA EMPRESA ORBE S.A.S. CONSTRUCCIONES, son administrativamente responsables por falla en el servicio por omisión en la expedición de licencias de construcción y vigilancia de obras, por no ejercer control y vigilancia sobre la construcción del Conjunto Cerrado Quintas de Country, especialmente la vivienda del señor Víctor Ortega Villareal, ubicada en la carrera 22 A N° 3N-52, manzana F casa 1, y el bloque de apartamentos A, B, C, que fueron construidas sobre la franja de protección especial de la acequia las mercedes, espacio público.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, el Municipio de VALLEDUPAR, LA CURADURIA URBANA N° 1 DE VALLEDUPAR, LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CESAR y la EMPRESA ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES paguen al señor Víctor Ortega Villareal:

El valor de las reformas y mejoras invertidas en el predio ubicado en la carrera 22 A N° 3N-52, manzana F casa 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country de esta ciudad, por valor de veintitrés millones seiscientos diecisiete mil setecientos noventa y dos pesos (\$23.617.792), y que se discriminan de la siguiente manera:

Divisiones en vidrio:	\$3.200.000.
Muebles en madera y closet:	\$ 7.365.000.
Alarma:	\$ 1.591.184.
Rejas y estructuras metálicas:	\$ 3.000.000.
Enchapes de baños:	\$ 8.461.608.
Total:	\$ 23.617.792.

El valor de los gastos de escrituración en los que incurrió el poderdante en la compraventa del inmueble ubicado en la carrera 22 A N° 3N-52 manzana F casa 1 Conjunto Cerrado Quintas de Country de esta ciudad por tres millones quinientos mil pesos ml (\$3.500.000).

La suma de dinero correspondiente al crédito hipotecario que actualmente cancela mi poderdante en el banco BBVA, y con el cual se pagó parte del valor de la vivienda ubicada en carrera 22 A N° 3N-52 manzana F casa 1

Conjunto Cerrado Quintas del Country de esta ciudad, por valor de ciento treinta y nueve millones ciento noventa y cuatro mil seiscientos quince pesos ml. (\$139.194.615), por intereses, y doscientos cincuenta y nueve millones ciento noventa y cuatro mil seiscientos quince pesos ml (\$259.194.615), por capital, obligación identificada con el número 960079528.

El valor de ciento treinta y cinco millones de pesos (\$135.000.000), que corresponden al anticipo que mi poderdante canceló a Orbe S.A.S Construcciones, por la compra de la vivienda ubicada en el Conjunto Quintas del Country.

El valor de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), correspondientes a la cuantía del hurto realizado en la vivienda de mi poderdante el día 5 de junio del 2011, el cual es de responsabilidad exclusiva de la empresa ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES.

Estas sumas de dinero deben debidamente indexadas y canceladas con los intereses moratorios correspondientes, a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia. (Artículo 195 N° 4 del CPACA)".

HECHOS

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por los demandantes a través de apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

Relata que entre el señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL, obrando como comprador, y la empresa ORBE CONSTRUCCIONES S.A.S, como vendedora, se suscribió un contrato de compraventa de vivienda urbana, sobre el bien inmueble ubicado en la Carrera 22 A N° 3N-52, Manzana F Casa 1 Conjunto Cerrado Quintas de Country.

Manifiesta que en el transcurso de 2011, se desarrolla la construcción de un bloque de apartamentos de 3 pisos en la parte colindante sur de la vivienda antes mencionada, pese a que en el contrato de compraventa suscrito con ORBE S.A.S, se indica que la vivienda colinda al sur con una calle; dicha construcción empieza a causarle incomodidades al señor ORTEGA VILLAREAL debido a la polución y los residuos de materiales de construcción que caen en el interior de la vivienda.

Continúa precisando que el 5 de junio de 2011, la vivienda del señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL fue objeto de hurto, donde personas desconocidas ingresaron por la parte de atrás, exactamente por la construcción del bloque de apartamentos, llevándose varios objetos valiosos, avaluados en la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

Afirma que el 28 de junio de 2011, el señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL con fundamento en lo establecido en el artículo 69 C.C.A., solicita la revocatoria directa de la Resolución N° 2060 del 11 de abril de 2011, mediante la cual la Curaduría Urbana Primera de Valledupar, concede licencia de construcción a ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES, para seis bloques de apartamentos en el Conjunto Residencial Quintas del Country, ya que esta afectaría la visibilidad, ventilación e intimidad de su vivienda, además nunca se notificó el trámite de la licencia urbanísticas, tal como establece el Decreto 1467 de 2010, en sus artículos 29 y 30.

La Curaduría Urbana Primera de Valledupar, a través de Resolución N° 2204 del 13 de septiembre de 2011, se abstuvo de revocar directamente la resolución N° 2060 del 11 de abril de 2011, a nombre de ORBE S. A. S. CONSTRUCCIONES.

El 7 de junio de 2011, el señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL solicitó a través de derecho de petición, que la Alcaldía Municipal realizara una inspección ocular en el predio de su propiedad, el informe técnico derivado de esta visita fue remitido al área de control jurídico de la Oficina Asesora de Planeación.

El 4 de enero de 2012, la Inspección Primera Civil Urbana de Policía practicó diligencia de inspección judicial sobre el inmueble ubicado en la Carrera 22 A N° 3N-52, Manzana F Casa 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country y declaró el *status quo* de la obra.

El 30 de enero de 2012, por medio de derecho de petición el señor ORTEGA VILLAREAL solicitó al Jefe de Planeación Municipal de Valledupar, que realizara un control a la Resolución N° 2060 del 11 de abril de 2011, expedida por la Curaduría Urbana Primera de Valledupar.

El 26 de marzo de 2012, se rinde un informe sobre el control realizado a la obra e indican que el predio no cumple los preceptos normativos establecidos en los artículos 18, artículo 92, artículo 201 del Código de Zonificación y Normas Urbanísticas del Acuerdo 064 del 9 de diciembre de 1999 correspondiente al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Valledupar.

Precisa que el informe de Planeación Municipal se puso en conocimiento de CORPOCESAR y este por medio de auto del 24 de abril de 2012 inicia indagación preliminar y ordena visita de inspección técnica en el sitio de la obra, determinando que la vivienda del señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL, ubicada en el Conjunto Quintas del Country y los bloques A y C, fueron construidas sobre la franja de protección especial de la acequia Las Mercedes, la cual es de 50 metros, de acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial, por ser un elemento natural de los bienes inmuebles privados que forman parte del espacio público.

SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero (3°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)³, denegó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Ahora bien, se reconocen como títulos jurídicos de imputación, de donde deviene que la víctima no está obligada a soportar el daño, la falla del servicio, falla presunta, teoría del riesgo y el daño especial.

En lo que respecta al daño, hay que acreditar su existencia, por lo que le corresponde al que lo sufre probarlo, pues así lo establece el CGP en su artículo 16, y además de lo anterior constituye un presupuesto ontológico; por lo que no bastan las afirmaciones sobre la realidad del daño, en tanto se requiere su constatación fenoménica, o sea, la prueba de su materialización, que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece.

³ Ver folio 1266 del expediente.

Igualmente se precisa por el Despacho, que el daño debe reunir unas características para la configuración del mismo, las cuales de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia han establecido que el daño debe ser directo, personal y cierto, significa lo anterior que no puede rodearlo la incertidumbre, debe verificarse que el daño existe, para lo cual debe ser actual o futuro, lo importante es que no sea eventual o hipotético que tal vez llegue a existir; además debe contraerse a una circunstancia específica, determinada y afectar a quien reclama la indemnización.

En este contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual y extracontractual, contenida en el artículo 90 constitucional, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación, entendida esta última como atribución de la respectiva lesión, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración de otro tipo de componentes para efectos de configurar la responsabilidad.

Al efecto la Corte Constitucional ha puntualizado:

“... de manera tal que las fuentes de responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”.

Por lo anterior, es claro que en los términos señalados por el artículo 90 constitucional, se torna más adecuado que el juez aborde en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público. La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, el cual precisa que “en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”. Por consiguiente el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto sí en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de este, se torna inútil cualquier otro tipo de análisis y juzgamiento.

Así, los casos en que se prevé la existencia de un daño sobre el particular, aun cuando llegue a suceder, no es indemnizable sino hasta cuando efectivamente se consuma o exista la cereza de su consumación en el futuro; de otro modo el daño sería hipotético y no podrá pretenderse la responsabilidad del Estado.

... con fundamento a lo anterior, y en relación con el análisis del daño antijurídico en el presente caso, se constata que en efecto no obra prueba de la existencia del detrimento patrimonial sufrido por el actor en la vivienda de su propiedad ubicada en el Conjunto Residencial Quintas del Country.

En ese escenario, se resalta que quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido. En el caso analizado, el Despacho advierte que el actor funda sus pretensiones en hechos eventuales como una posible demolición de su vivienda, en la desvalorización de la misma, o que el bien inmueble de su propiedad a raíz de su construcción en un pequeño porcentaje de la franja hídrica de

la acequia las Mercedes lo sacaría del comercio o que el mismo fuera afectado con medida cautelar que limitara su propiedad o dominio, situaciones fácticas estas que se constituirían como situaciones de eventual ocurrencia que tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado, hacen improcedente la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos peticionados por el actor.

Por lo anterior, se concluye que el actor no probó, en el caso sub-examine el daño por el sufrido (desvalorización del inmueble de su propiedad) con ocasión a la construcción de unos bloques de apartamentos en el conjunto residencial en el que reside (Quintas del Country) y por estar ocupando el inmueble de su propiedad un pequeño porcentaje en una área de reserva hídrica; por consiguiente con la sola manifestación del actor en su demanda no es prueba suficiente para acreditar su dicho; por consiguiente no se puede concluir que las demandadas hayan incurrido en falla en servicio, al no acreditarse por parte del actor del daño alegado (...).

SOBRE LOS RECURSOS DE APELACION

PARTE DEMANDANTE

El apoderado del demandante recurrió la decisión adoptada por el Juez de instancia en los siguientes términos:

Señala el apoderado que la falla en el servicio por la omisión en que incurrieron las partes demandadas al no cumplir sus deberes de control y vigilancia durante la ejecución de los proyectos urbanísticos en el Municipio se encuentran debidamente probadas según los hechos relacionados en la demanda y los documentos aportados, contrario a lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

Lo anterior, basado en que el Juez confunde la responsabilidad de la empresa ORBE CONSTRUCCIONES SAS con la del MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, la constructora incurrió en faltas urbanísticas cuando construyó el Conjunto Cerrado Quintas del Country, por *"la disparidad entre la cartografía que trae el POT y la real situación geográfica del canal conocido como la acequia las Mercedes"*, circunstancia que en nada exonera de responsabilidad al Municipio de Valledupar, pues era su deber como primera medida mantener actualizada la cartografía del POT y ejercer continua vigilancia sobre las construcciones, para así prevenir que la residencia del accionante se construyera sobre espacio público.

De la misma manera aduce que la Resolución N° 0106 del 21 de agosto de 2014, expedida por la Oficina Asesora de Planeación Municipal, eje fundamental de la decisión, no debió ser valorada en cuanto fue allegada al proceso por fuera de las oportunidades que consagra la normatividad vigente para aportar pruebas, lo que es contrario al debido proceso; se aclara que la prueba para ser considerada legalmente debe agotar tres etapas: petición, decreto y práctica. En el presente caso, es claro que la resolución emitida por la Alcaldía Municipal de Valledupar, no puede ser considerada como una prueba válida en la medida en que no fue solicitada, por ninguna de las partes, no fue decretada por el Juzgador y no se le dio al demandante la oportunidad de controvertirla, violando evidentemente los principios de publicidad y contradicción.

En conclusión, al darle valor probatorio a la mencionada resolución el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar infringió el artículo 164 del Código General del Proceso, que establece que *toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación al debido proceso son nulas de pleno derecho.*

Por otra parte, el daño antijurídico sufrido por el demandante, se encuentra probado, en la medida que el inmueble de VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL está construido sobre la franja de protección especial, considerado como bien de uso público junto a la acequia las Mercedes como lo indica el artículo 221 del Plan de Ordenamiento Territorial, por ende el inmueble del accionante es un objeto ilícito, ya que está construido sobre espacio público, lo que hace improcedente cualquier tipo de enajenación de dicho bien; esto significa que existe un gran daño jurídico en cabeza del actor y que no está obligado a soportar, por cuanto puso su confianza en la empresa ORBE CONSTRUCCIONES SAS y en el MUNICIPIO DE VALEDUPAR como garante del POT y de las licencias de construcción y adquirió un bien que puede ser objeto de acciones administrativas que culminen con su restitución o demolición.

El togado argumentó que quedó plenamente demostrado en el expediente, que la franja de protección de la acequia Las Mercedes, es de 50 metros, por esto, tanto la residencia del señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL, como el bloque de apartamentos A y C, fueron construidos sobre espacio público, hecho permitido por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar, al expedir la Resolución N° 2060 del 11 de abril de 2011, mediante la cual se concedió licencia de construcción a ORBE S. A. S, y por el municipio de Valledupar, al omitir ejercer los controles sobre las obras que por ley le corresponde.

Por lo anterior, se puede inferir que las medidas cautelares fueron expedidas a fin de proteger la franja hídrica de la acequia Las Mercedes, la cual ha sido vulnerada ampliamente por ORBE CONSTRUCCIONES que de manera deliberada ha edificado en las inmediaciones de la fuente de agua, perjudicando no solo el ecosistema sino el ordenamiento jurídico, pues está comercializando el espacio público, con la aprobación del MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, por lo tanto según la jurisprudencia del Consejo de Estado las medidas cautelares decretadas deben persistir hasta que culmine el proceso, para el caso en concreto, esto es hasta que surta la segunda instancia.

ORBE CONSTRUCCIONES⁴

El apoderado de la parte demandada, sustenta su recurso en que el demandante incurrió en acciones temerarias o de mala fe al aducir hechos y pretensiones en la demanda que carecen de fundamento legal y son contrarios a la realidad.

En primer lugar, afirma que el señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL pide que se declare la responsabilidad por falla en el servicio por omisión en la expedición de licencia de construcción y por no ejercer control y vigilancia sobre la construcción del Conjunto Cerrado Quintas del Country, sin embargo, no aclara a cuál de los demandados le imputa este hecho, a sabiendas que en los procesos en lo contencioso administrativo prima el principio de la justicia rogada que obliga al demandante a precisar a quien le es atribuible el título de imputación; en segundo lugar, el demandante no probó la preexistencia y propiedad de los valores reclamados en la demanda perdidos en el presunto hurto del que fue víctima y debido a la construcción de la edificación; finalmente, advierte que no existe relación causal entre las pretensiones de condena mencionadas y la supuesta falla del servicio por omisión y vigilancia de obras.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Ver folio 1.349 del expediente.

Mediante auto del quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)⁵, se admitieron los recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia del veinticinco (25) de enero de la misma anualidad⁶ y la sentencia de complementación de fecha quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)⁷, proferidas por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del veintiuno (21º) de marzo de dos mil dieciocho (2018), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸

El Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, emitió su concepto de fondo, abordando en primer lugar, los hechos, las pretensiones, fundamentos de derecho de la demanda y las contestaciones presentadas, de igual forma, realizó un recorrido por la normatividad que regula la reparación directa y determina los regímenes de responsabilidad del Estado y sus sistemas de imputación.

Lo anterior, para hacer énfasis en lo siguiente:

Al declarar la responsabilidad del Estado, debe demostrarse eficientemente el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública; pues bien, debido a que el accionante considera que el daño antijurídico lo constituye un perjuicio económico ocasionado por la desvaloración total de su vivienda, debido a la construcción de un bloque de apartamentos en el lindero sur de su propiedad que le originó la pérdida de iluminación, ventilación e intimidad y la ubicación del inmueble en la franja de protección hídrica de la acequia Las Mercedes, el Agente del Ministerio Público, indica que el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por lo que se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama.

De igual manera, señala que sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone dicha carga, concluyendo que el daño alegado tiene que tener la calidad de antijurídico, cierto y personal, que tiene que ser probado.

Luego de realizar un análisis de las pruebas, el Ministerio Público encuentra *que el daño invocado por el demandante resulta incierto y discutible, pues el solo acto jurídico de adquisición de un inmueble dentro de la franja de protección hídrica de la acequia Las Mercedes, por sí mismo, para el caso en concreto, no ha sido suficiente para causar una lesión cierta e irrefutable al derecho real de dominio o propiedad del señor VÍCTOR ORTEGA VILLAREAL, con la presunta desvalorización del inmueble o, por ejemplo, generando dificultades en su negociación por encontrarse en espacio público.* En el expediente no obra prueba que demuestre la desvalorización de la vivienda producto de su ubicación, por el contrario, conforme a la experticia rendida, el inmueble se adquirió por el valor de \$250'000.000 y ahora tiene un valor de \$506'961.702,50., ello significa que el inmueble ha tenido un incremento en su valor de \$256'961.702,50, desde diciembre de 2010 hasta noviembre de 2014.

⁵ Ver folio 1.364 del expediente.

⁶ Ver folio 1.266 al 1.315 del expediente.

⁷ Ver folio 1.344 al 1.348 del expediente.

⁸ Ver folio 1.229 al 1.241 del expediente.

Por otro lado, el Agente del Ministerio Público refiere que el acervo probatorio está encaminado a demostrar que el inmueble del demandante se ubica en la zona de protección hídrica, sin embargo, con este no se acredita una desvalorización del inmueble, pues el hecho de estar ubicado dentro de la franja de protección hídrica de la acequia Las Mercedes no ha sido suficiente para que alguna autoridad disponga su retiro del comercio por considerarlo bien de uso público; además, se puede observar que en el Certificado de Tradición y Libertad, matrícula 190-120752, de la Oficina de Registros Públicos de Valledupar⁹, no existe inscripción que haya prohibido su uso, goce y disposición al propietario del inmueble ubicado en la Carrera 22 A N° 3N BIS -52, Manzana F Casa 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country de Valledupar, por lo que se deduce que aún se encuentra dentro del comercio y es susceptible de cualquier negocio.

En conclusión, el Ministerio Público no encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, la configuración de un daño antijurídico que reúna la calidad de ser cierto y como consecuencia considera, que no están demostrados todos los elementos de la responsabilidad administrativa y patrimonial de la administración, por ende, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del señor Víctor Ortega Villareal y ORBE CONSTRUCCIONES S.A.S, en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar.

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del señor Víctor Ortega Villareal y ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES, contra las sentencias fechadas del veinticinco (25) de enero y quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferidas por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser revocada según los argumentos expuestos por los apelantes-Víctor Ortega Villareal (quien estima que si se demostraron los elementos constitutivos de la responsabilidad en el caso planteado) y ORBE CONSTRUCCIONES SAS (quien estima que se debió condenar al demandante al pago de perjuicios dada la temeridad de su demanda); o sí, por el contrario, no existe mérito alguno en los argumentos expuestos por las apelantes, evento en el cual, será lo procedente confirmar el contenido de la sentencia impugnada.

PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene:

⁹ Ver folios 205 y 206 del expediente.

Que de folio 1 a 3 constan recibos de caja por concepto de pagos de servicio de vigilancia generado por COOTRAESVIP a favor de Víctor Ortega Villareal.

Que de folio 4 a 5 constan facturas de venta N° 0436 de fecha 25 de febrero de 2011, generada por Vidrios e Industrias metálicas "Caraballo", a favor de Claudia Patricia Bejarano.

Que en folio 6 consta recibo de pago generado por la Ebanistería San José por valor de \$7.365.000.

Que de folio 7 a 18 constan facturas de venta generadas por Almacenes Hiper Centro Corona S.A. de fecha 25 de febrero de 2010 a 3 de mayo de 2011.

Que de folio 19 a 24 consta copia de escritura pública N° 3595 celebrada entre Víctor Ortega Villareal y Orbe S.A.S. Construcciones de fecha 30 de diciembre de 2012 de la Notaría Segunda del Circuito de Valledupar.

Que en folio 25 consta copia de formulario de calificación N° de matrícula inmobiliaria 190-120752.

Que en folio 26 consta respuesta de derecho de petición de fecha 13 de junio de 2011, suscrita por el Curador Urbano N° 1 de Valledupar.

Que de folio 27 a 40 consta copia de Resolución N° 1198 de 7 de julio de 2008, por medio de cual se concede licencia de ajuste de cotas de áreas a Orbe S.A.S. en jurisdicción del municipio de Valledupar, generada por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que en folio 47 consta Certificado de Tradición matrícula inmobiliaria N° 190-117667.

Que de folio 48 a 51 consta copia escritura pública N° 253, otorgada por Inversiones el rosario a favor de Orbe S.A.S, generada por la Notaría Segunda de Circulo Notarial de Valledupar.

Que de folio 52 a 53 consta derecho de petición de fecha 30 de enero de 2012, impetrado por Víctor Ortega Villareal ante Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 54 a 55 consta oficio radicado 1918 de fecha junio 23 del 201, suscrito por el Jefe de Oficina Asesora de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 56 a 60 consta solicitud de revocatoria directa de la Resolución 2060 del 11 de abril del 2011, presentada por Víctor Ortega Villareal ante la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que de folio 61 a 72 consta Resolución N°2204 del 13 de septiembre del 2011, por medio de la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa, generada por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que de folio 73 a 78 consta Resolución N° 2060 del 11 de abril del 2011, por medio de la cual se concede una licencia de construcción a favor de Orbe Construcciones.

Que de folio 85 consta copia de diligencia de inspección ocular llevada a cabo por la Inspección Primera Urbana de Policía de Valledupar, el día 4 de enero del 2012, en el Conjunto Cerrado Quintas del Country.

Que de folio 87 consta formulario Único Nacional de solicitud de corrección de cuadros de área, generado por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que de folio 89 a 90 y 96 a 97 consta inicio de actuación administrativa bajo el radicado 0050 de fecha 28 de marzo del 2012, proferido por la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 92 a 93 y 94 a 95 consta copia de derecho de petición de fecha 26 de julio del 2012 y 6 de abril del 2012, presentado por el demandante ante la Oficina de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 98 a 100 consta oficio N°1684 de fecha junio 5 del 2012, generado por la oficina de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 101 a 103 consta derecho de petición impetrado por el actor ante Corpocesar de fecha 9 de abril del 2012.

Que de folio 105 a 110 consta copia de control posterior de obra en la Urbanización denominada Quintas del Country ubicado en la carrera 22ª N° 3Bis-52N, radicado 0304, llevado por la Oficina Municipal de Planeación Municipal.

Que de folio 111 a 114 consta derecho de petición de fecha mayo de 30 del 2012, dirigido al Alcalde Municipal de Valledupar, impetrado por el actor.

Que en folio 115 consta oficio N° 0886 de fecha marzo 26 del 2012, suscrito por el jefe de la oficina de planeación municipal de Valledupar, en el cual dan respuesta a petición radicada 0315.

Que de folio 116 a 121 y 773 a 778 consta oficio de fecha 26 de marzo del 2012, de referencia "informe control posterior de obra urbanización denominada Quintas del Country-jurisdicción del municipio de Valledupar" suscrito por Carlos Adolfo Cala Carrascal y José Gregorio Hernández Camargo, dirigido al jefe de la Oficina de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 127 a 128 consta derecho de petición de fecha 30 de enero del 2012, suscrito por el actor dirigido al jefe de la Oficina de Planeación Municipal de Valledupar.

Que de folio 129 consta oficio N° 0558 de fecha 20 de febrero del 2012, suscrito por el jefe de la oficina de planeación municipal de Valledupar de referencia respuesta derecho de petición de fecha 30 de febrero del 2012.

Que de folio 131 a 133 consta derecho de petición de fecha 9 de abril de 2012, impetrado ante Corpocesar por Víctor Ortega Villareal.

Que de folio 134 a 140 consta oficio N° 0886 de fecha marzo 26 de 2012, suscrito por el Jefe de la Oficina de Planeación Municipal de Valledupar, de referencia respuesta derecho de petición radicado 0315.

Que de folio 141 a 164 y 290 a 333 consta copia de escritura pública N°1595 de fecha 18 de julio del 2008, otorgada por Orbe S.A.S. a favor de ORBE S.A.S., generada en la Notaría Segunda del Circuito de Valledupar con sus anexos.

Que de folio 165 a 209 consta Resolución de otras actuaciones número 1191 del 3 de julio de 2008, por medio de la cual se le aprueban los planos de propiedad horizontal a Orbe S.A.S. en Jurisdicción del Municipio de Valledupar, proferida por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar con sus anexos.

Que de folio 334 a 345 consta copia de estudio Geotécnico del proyecto Quintas del Country.

Que de folio 346 a 383 consta copia memoria de cálculo estructural apartamentos Quintas del Country, con sus anexos.

Que de folio 384 a 395 consta copia de estudio Geotécnico proyecto Quintas del Country Zona Apartamentos.

Que de folio 396 a 478 consta memorial de análisis y diseño estructural del proyecto Quintas del Country.

Que de folio 479 a 488 consta Resolución N° 2204 del 13 de septiembre del 2011, por medio del cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa contra la Resolución N° 2060 del 11 de abril del 2011 a nombre de Orbe S.A.S.

Que de folio 489 a 494 consta formulario Único Nacional de Revisión e Información de proyecto presentado por Orbe Construcciones ante la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que de folio 495 a 597, 687 a 691 y 807 a 811 consta Resolución N° 2060 del 11 de abril del 2011, por medio del cual se concede una licencia de construcción a Orbe S.A.S Construcciones con sus anexos, tales como certificados de tradición y recibos de pago de impuesto predial proferida por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar.

Que de folio 598 a 611 y 779 a 792 consta Resolución N° 0974 del 12 de junio de 2007, por medio del cual se concede una licencia de construcción a Inversiones el Rosario en el proyecto denominado Quintas del Country proferida por la Curaduría Urbana N°1 de Valledupar.

Que de folio 612 a 636 y 793 a 806 consta Resolución N° 1198 del 7 de julio de 2008, por medio del cual se concede licencia de ajuste de cota de áreas a Orbe Construcciones proferida por la Curaduría Urbana N° 1 de Valledupar con sus anexos.

Que de folio 703 a 713 consta copia de Resolución N° 1801 del 17 de septiembre del 2010, por medio del cual se concede una licencia de construcción en el proyecto denominado Conjunto Cerrado María Isabela.

Que de folio 1.017 a 1.027 consta Resolución N° 068 del 13 de junio del 2014, proferida por la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Valledupar, por medio del cual se impone sanción a Orbe S.A.S. Construcciones, exponiendo lo siguiente:

“RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar jurídicamente responsable a ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES, NIT. 0800182895-7, por infracción urbanística al construir incumpliendo la exigencia normativa de los 30.00 metros de aislamiento o retiro sobre la Acequia Las Mercedes, teniendo en cuenta que los Bloques A y C están construidos a 23.18 metros, es decir, el área de contravención es equivalente a 6.82 metros de longitud, 594.15 M2 fueron construidos en parte del suelo de protección hídrico”.

Que de folio 1.029 a 1.039 consta Resolución N° 0106 del 21 de agosto del 2014, proferida por la Oficina Asesora de Planeación Municipal, por medio del cual se

resuelve revocar la resolución N° 068 del 13 de junio del 2014 que impone sanción a ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES, indicando lo siguiente:

“Del análisis probatorio se desprende que aunque no se cuenta con el retiro legal de 30.00 mts en aplicación del artículo 201 del Acuerdo 064 de 1999, también es cierto y está demostrado que mediante una comparación de planos, la Acequia las Mercedes al momento de adelantarse el procedimiento administrativo había variado el recorrido de su cauce por causas naturales y ambientales o por intervenciones antrópicas no imputables a ORBE S.A.S CONSTRUCCIONES. Así las cosas, tenemos el desfase que se presenta en el aislamiento del proyecto QUINTAS DEL COUNTRY respecto de la acequia Las Mercedes, no es producto de una violación manifiesta e intencional de la normatividad vigente, sino consecuencia de la disparidad que se da entre la cartografía que trae el POT y la real situación geográfica del canal conocido como Acequia Las Mercedes, el cual ha variado históricamente su curso, de tal manera que en nuestro caso, en un tramo de su recorrido reduce el retiro de los 30.00 mts, pero en otro tramo supera el 50% de la extensión total, sobrepasa el retiro mínimo requerido, llegando a los 33,00 y 34,00 metros”.

Que de folio 1.041 a 1.046 consta Resolución N° 105 del 14 de agosto del 2014, proferida por la Oficina Asesora de Planeación Municipal, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución N° 068 del 13 de junio del 2014.

Que de folio 1.082 a 1.124 consta informe pericial rendido por el Ingeniero Civil Luís David Toscano Salas.

Que de folio 1.125 a 1.143 consta dictamen pericial rendido por el Ingeniero Civil Álvaro Daza Lemus.

Que de folio 1.152 a 1.156 consta oficio de fecha 22 de enero del 2015, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de Corpocesar, con el cual remite copia del informe rendido por Rafael Gutiérrez Hernández y Arles Rafael Linares Palomino.

Que de folio 1.159 consta oficio de fecha 28 de enero del 2015, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de Corpocesar, con el cual remite 9 carpetas contentivas del expediente administrativo que contiene la revisión y concertación del POT-Valledupar.

Que de folio 1.160 consta oficio N° 0206 de fecha 2 de febrero del 2015, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Valledupar, con el cual remite en un (1) cd copia del POT (Acuerdo 064 de 1999).

ANALISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTO POR EL APELANTE

Sea del caso precisar inicialmente que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado de la siguiente forma:

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

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

En ilación con lo anterior, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, consagra:

“Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.¹⁰

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

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

El ejercicio del medio de control antes enunciado, debe hacerse bajo alguna de los regímenes de responsabilidad (objetivo o subjetivo) de imputación de responsabilidad en contra del Estado.

En el presente caso, el actor echa mano del régimen subjetivo para explicar cómo las accionadas le han presuntamente causado un daño que debe ser resarcido.

Dada la compleja mezcla de elementos que conforman el litigio a resolver, se estima conveniente hacer un breve recuento de las posiciones de las partes en el proceso.

SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES AL INTERIOR DEL PRESENTE EXPEDIENTE

El actor señala que el daño antijurídico lo constituye el *perjuicio económico* ocasionado al señor VICTOR ORTEGA VILLARREAL por *la desvalorización total de su vivienda* ubicada en la Carrera 22 A N° 3N – 52, MANZANA F, CASA 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country de Valledupar debido a *la construcción de un bloque de apartamentos en el lindero SUR de su propiedad, que le originó la pérdida de iluminación, ventilación e intimidad*. Pero además, señala que *la desvalorización total de su vivienda* también es debido a su cercanía con la acequia Las Mercedes, pues la vivienda *se encuentra construida sobre espacio público*¹¹.

Al interpretar de manera armónica la demanda, es dable arribar a la conclusión que los daños que conforman las pretensiones del actor son:

¹⁰ Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011.

¹¹ folio 228 del expediente.

1).- desvalorización del inmueble por la construcción de un bloque de apartamentos en el lindero sur de su propiedad, que le originó la pérdida de iluminación, ventilación e intimidad.

2).- desvalorización del inmueble adquirido por haber sido construido en espacio público al no respetar la franja de terreno de protección hídrica que debe existir entre la acequia las mercedes y el inmueble de su propiedad.

3).- El daño emergente en que incurrió a efectos de *arreglar* su casa.

Al respecto, la posición de las accionadas se puede resumir así:

La Corporación Autónoma Regional del Cesar "CORPOCESAR" argumentó que, en primer lugar, existía una falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto dicha entidad no expidió licencia ambiental a ORBE CONSTRUCCIONES S.A. para el desarrollo del proyecto Conjunto Quintas del Country, en tanto este es un proyecto que no está sujeto a licencia ambiental conforme al artículo 7 del Decreto 2820 de 2010, así como tampoco es competente para ejercer vigilancia y control de la construcción de proyectos ya que según el artículo 63 del Decreto 1469 de 2010, como quiera que es una atribución de los Alcaldes Municipales.

De otro lado, precisó que existe *falta de causalidad adecuada* como quiera que el hecho generador del daño no tiene la virtualidad de comprometer a CORPOCESAR¹².

Por su parte, el Municipio de Valledupar argumentó que en el caso planteado había una *inexistencia de los hechos*, dado que en el caso que el bien inmueble comprado tuviera vicios ocultos, era un asunto que generaría una eventual responsabilidad entre el comprador y el vendedor del bien, en el sentido de restituir o indemnizar como consecuencia de los vicios¹³.

Al respecto, ORBE CONSTRUCCIONES¹⁴ advirtió que existía una *indebida escogencia de la acción*, precisando que si la pretensión del actor se basa en el hecho que una construcción aledaña le causa incomodidades, se estaría entonces en presencia de una eventual responsabilidad civil extracontractual, mas no una reparación directa.

En ilación con lo anterior, argumenta que existe *carencia de solidaridad*, en tanto no existe la solidaridad implícita a la que se refiere el demandante en su escrito primigenio.

Finalmente, la CURADURIA URBANA PRIMERA DE VALLEDUPAR fue desvinculada en la audiencia inicial, así que resulta inocuo referirse al contenido de su contestación.

ANÁLISIS PROBATORIO DEL CASO

Siendo que la decisión objeto de apelación tiene como fundamento la ausencia de demostración de un daño, es dable precisar inicialmente que el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es necesario que se encuentren demostrados los elementos básicos que lo conforman, es decir: (i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; (ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar

¹² La contestación de la demanda se encuentra de folio 255 a 261 del expediente.

¹³ La contestación obra de folio 271 a 277 del expediente.

¹⁴ La contestación de la demanda obra de folio 875 a 891 del expediente.

material y jurídicamente, constituyéndose en una lesión a un bien o interés legítimo protegido el ordenamiento jurídico, y (iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria¹⁵.

En ese orden de ideas, el daño será resarcible en la medida que se evidencie del asunto una alteración negativa fáctica o material respecto de un bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor VÍCTOR ORTEGA VILLARREAL y ORBE S.A. CONSTRUCCIONES, celebraron contrato de compraventa sobre el inmueble ubicado en la Carrera 22 A N° 3NBIS – 52, MANZANA F, CASA 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country de Valledupar, contrato solemne que se encuentra contenido en la Escritura Pública N° 3595 del 30 de diciembre de 2010¹⁶, inscrita el día 5 de enero de 2011, radicación N° 2011-190-6-83, matrícula 190-120752, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar¹⁷. El mentado inmueble fue construido con ocasión de la licencia de construcción contenida en la Resolución N° 0974 del 12 de junio de 2007¹⁸ y licencia de ajuste de cotas de áreas contenida en la Resolución N° 1198 del 7 de julio de 2008¹⁹.

El 11 de abril de 2011, a través de Resolución N° 2060²⁰, se concede licencia de construcción a ORBE S.A. CONSTRUCCIONES, para la edificación de seis (6) bloques de apartamentos dentro del proyecto denominado “Quintas del Country”, localizado en la Carrera 22 A N° 3NBIS – 52. Frente al aludido acto administrativo, el hoy demandante solicitó la revocatoria directa por considerar que los vecinos colindantes a la obra no fueron notificados y, además, en la aludida solicitud relató las dificultades que por polución y presencia de materiales de obra genera en su vivienda la ejecución del proyecto licenciado por el acto administrativo. El 13 de septiembre de 2011, con Resolución N° 2204²¹, la solicitud del hoy actor fue desestimada.

En este orden, se tiene acreditado que ambos proyectos ejecutados contaron con su respectiva licencia y los actos administrativos que las concedieron gozan de presunción de legalidad (Artículo 88 del CPACA), circunstancia que no puede ser desvirtuada con el medio de control de reparación directa.

Sea del caso precisar que la parte demandante no demuestra dentro del proceso el primer daño invocado, esto es, la desvalorización del inmueble por la construcción de un bloque de apartamentos en el lindero sur de su propiedad, que le originó la pérdida de iluminación, ventilación e intimidad. A continuación, algunas líneas sobre el particular:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012), expediente: 05001232500019942279 01, radicación interna número 21.861.

¹⁶ Fol. 19 al 24.

¹⁷ Fol. 25; 205 y 206.

¹⁸ Fol. 897 a 910

¹⁹ Fol. 911 a 924.

²⁰ Fol. 73 al 77.

²¹ Fol. 61 al 72.

Para la Sala, es evidente que durante la ejecución de las obras del BLOQUE C, dada su proximidad física a la morada del demandante²², se causaron incomodidades y perturbaciones al actor; ello se desprende, por ejemplo, del memorial remitido por el Sr. ORTEGA VILLAREAL a la Inspectora Primera Civil y Urbana²³, el Acta de Diligencia de Inspección Ocular levantada por dicha funcionaria donde se declara el *status quo*²⁴, además de los memoriales remitidos por el demandante al Gerente de ORBE S.A. CONSTRUCCIONES²⁵, y la respuesta dada por la constructora al demandante²⁶.

En este punto, es importante aclarar que aun cuando se tiene por probado que efectivamente se dieron episodios que afectaron la tranquilidad de la vivienda del actor e incluso que tuvo altercados con la empresa constructora, lo cierto es que ello no implica *per se* una afectación al valor comercial de su inmueble por la falta de iluminación o ventilación en razón a dicha construcción, máxime cuando esta se hizo bajo el amparo de un acto administrativo que autorizó que fuera erigida (Resolución N° 2060 del 11 de abril de 2011).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, de las pruebas analizadas no se vislumbra una afectación al valor del bien objeto de la presunta afectación; más aún, de lo que se analizará en líneas venideras, se desprende que en la actualidad el valor del mismo ha incluso incrementado.

Según el orden establecido de los daños aducidos por la parte actora, es el turno de estudiar lo atinente a la supuesta desvalorización del inmueble adquirido por el demandante en razón a haber sido construido sin respetar la franja de terreno de protección hídrica que debía existir con la acequia "Las Mercedes"²⁷, la cual considera es espacio público.

De las pruebas obrantes en el plenario, se desprende que el demandante con ocasión de las incomodidades y perturbaciones sufridas al momento de la construcción de los bloques A y C, realizó actuaciones ante la Oficina de Planeación Municipal y ante CORPOCESAR, quienes en sendos documentos, esto es, informe técnico²⁸ y concepto²⁹ dejaron plasmados que, entre otras áreas, los bloques A y C edificados en Quintas del Country de Valledupar, *fueron construidos en parte del suelo de protección del sistema hídrico artificial privado*³⁰.

Por lo anterior, el hoy demandante arribó a la conclusión que su inmueble también fue edificado en parte del suelo de protección del sistema hídrico artificial privado, y al valorar que el mismo era espacio público, considera que la adquisición de un inmueble en tales condiciones constituye un daño para su patrimonio por la acción y las omisiones de las entidades públicas y privadas demandadas.

²² Con el plano visible a folio 870 se evidencia que la Casa 1 de la Manzana F, está cerca al Bloque "C" de apartamentos.

²³ Folio 79.

²⁴ Folio 85.

²⁵ Folio 80 y 82.

²⁶ Folio 86.

²⁷ En el presente escrito se seguirá denominando acequia "Las Mercedes", no sin antes advertir que está probado con Oficio DG 1201 del 1 de noviembre de 2012 de CORPOCESAR, que la misma se identifica como "Novena Derivación Séptima Derecha No 9 – Canal Sierra" (Resolución 139 del 4 de agosto de 1987). Se trata de un canal o zanja artificial para encauzar las aguas del río guatapurí y allí mismo se detalla las Escrituras que aluden a su propiedad. También se precisa que el canal o zanja artificial son privados pero esas aguas que discurren son de dominio público.

²⁸ Ver Informe Técnico de fecha 26 de marzo de 2012, de la Oficina de Planeación Municipal de folios 105 al 110.

²⁹ Ver concepto del 26 de abril de 2016 de CORPOCESAR, visible de folios 1153 al 1156.

³⁰ Art. 221 y 222 del Acuerdo N° 064 de 1999, POT Valledupar).

En el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, es un hecho probado que el inmueble ubicado en la Carrera 22 A N° 3NBIS – 52, MANZANA F, CASA 1 Conjunto Cerrado Quintas del Country de Valledupar, vendido por ORBE S.A. CONSTRUCCIONES al hoy demandante, efectivamente está ubicado dentro de la franja de protección del sistema hídrico artificial privado, según el contenido del dictamen pericial³¹ rendido por ALVARO DAZA LEMUS y no indirectamente por la situación de los Bloques A y C del Conjunto Quintas del Country, lo cual se demostró con el informe técnico y concepto de Planeación Municipal y CORPOCESAR, respectivamente.

El dictamen al que se hace referencia, concluye que el inmueble propiedad del demandante, está construido sobre la “franja de protección especial” de 50 metros³², indicando que aun cuando el parámetro fueran 30 metros³³, también se encontraría en zona de protección de la acequia Las Mercedes, como quiera que desde la orilla al paramento occidental hay 26,54 metros y con el paramento oriental hay 33.54 metros, arrojando que hay 7 metros construidos sobre el área.

Establecido lo anterior, es menester precisar que el daño antijurídico o lesión, es definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo. En ilación con ello, el H. Consejo de Estado ha precisado que el daño debe apreciarse material y jurídicamente, y no puede ser una simple creencia o conjetura, como quiera que debe existir certeza plena sobre la lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico.

Siguiendo esta línea argumentativa, es necesario precisar que el artículo 58 de la Constitución política, garantiza el derecho a la propiedad privada y en el plano legal el Código Civil en los artículos 665 y 669, prevé el derecho real de propiedad o dominio; en consecuencia, en el asunto *sub lite* sí se encuentra involucrado un derecho protegido constitucional y legalmente objeto de protección conforme al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aun cuando lo anterior es cierto, recuerda esta Corporación que el marco de esta discusión es el perjuicio enunciado en el numeral 2.4.1. de esta providencia, relacionado con la *desvalorización del inmueble adquirido por haber sido construido en espacio público al no respetar la franja de terreno de protección hídrica que debe existir entre la acequia las mercedes y el inmueble de su propiedad.*

Bajo ese entendido, estima la Sala que el daño invocado por el actor en este sentido se ubica en la incertidumbre propia de las afecciones no resarcibles judicialmente; ello en tanto el acto jurídico de adquisición de un inmueble dentro de la franja de protección hídrica de la acequia Las Mercedes, por sí mismo no generó de manera automática una lesión cierta e indiscutible al derecho de propiedad del hoy demandante en el entendido que, según el dictamen pericial rendido al interior del proceso, el bien no sufrió una afectación en su valor comercial, ni se demostró que en la actualidad que hubiere generado dificultades para su comercialización

En ese sentido, se dirá que en el plenario obra en dictamen pericial³⁴ rendido por Luis David Toscano Salas, el cual fue rendido con respecto a los siguientes ítems: a) valor comercial del inmueble propiedad del demandante; b) valor de las mejoras, y c) lo atinente a la presunta desvalorización del mismo por estar en espacio público.

³¹ Fol. 1125 al 1143.

³² POT VALLEDUPAR 1999 (Art. 221 y 222).

³³ Artículo 83, literal d) del Código de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974).

³⁴ Fol. 1082 al 1124.

De la prueba, decretada en auto del 1 de octubre de 2014³⁵, se desprende que frente el valor del inmueble, teniendo en cuenta las mejoras realizadas por el propietario, *con corte contable* al 13 de noviembre de 2014, asciende a \$405'569.362,00, y aplicándole el factor comercial de 1,5 el valor comercial, asciende a \$506'961.702,50.

Así entonces, para la Sala no se encuentra probada una desvalorización del inmueble y, en cambio, es evidente que el inmueble adquirido por VÍCTOR ORTEGA VILLARREAL a través de Escritura Pública 3595 del 30 de diciembre de 2010³⁶ por valor de \$250'000.00 ahora tiene un valor de \$506'961.702,50 conforme a la experticia rendida y sobre la que las partes ejercieron su derecho de contradicción; ello significa que el inmueble más bien ha tenido un incremento en su valor por más de doscientos millones de pesos en el interregno comprendido entre diciembre de 2010 y noviembre de 2014, asunto que abre el análisis con respecto al tercer ítem a desarrollar en el presente caso, cual es el denominado *daño emergente en que incurrió a efectos de arreglar su casa*.

De la demanda, se desprende que el actor argumenta haber gastado veintitrés millones seiscientos diecisiete mil setecientos noventa y dos pesos (\$23.617.792) a efectos de realizar mejoras al inmueble en razón a la construcción sobre la franja de protección hídrica.

Sin embargo, de la descripción del mentado daño en la demanda, se desprende que el actor pretende dicho resarcimiento por cambios realizados al interior de su vivienda, ninguno de los cuales se antoja relacionado con la modificación estructural de la vivienda y hecho en función del establecimiento de la franja de construcción, pues de la sola lectura del desglose de dicha cifra, se tiene que a ella se arriba en razón a la compra de *divisiones en vidrio templado para baños, muebles en madera y closet, alarma, rejas y estructuras metálicas y enchapes de baño*, ítems que evidentemente escapan la presunta transformación estructural del bien en razón a la *invasión* del espacio público y que se refieren exclusivamente a mejoras internas de la vivienda del hoy demandante, que escapan la eventual responsabilidad de las hoy accionadas y que ayudan a explicar en algún grado el incremento en el valor comercial del bien, sin que ello implique una responsabilidad en la causación del daño que -se concluye- carece de la certeza necesaria para su reconocimiento.

En ilación con lo anterior, se dirá que tampoco es de recibo el argumento expuesto por la parte actora en relación con la imposibilidad de valorar el contenido de la resolución No. 0106 de 2014, en tanto lo cierto es que no existe la demostración inobjetable de la ocurrencia de un daño en contra de los intereses del actor, que haga procedente la declaratoria de responsabilidad.

Bajo ese entendido, no son de recibo los argumentos expuestos por el actor y el recurso interpuesto no será acogido por esta Sala.

Resta entonces referirse a lo expuesto por el representante de ORBE CONSTRUCCIONES SAS con respecto a la condena de instancia en su recurso de apelación, en él, básicamente insta a la Sala a revocar el ordinal segundo de la decisión, para que se proceda a condenar en costas y perjuicios al demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 y 80 del CGP.

En su argumentación, expone que el actor realizó conductas temerarias que carecen de algún fundamento legal, encaminadas a perjudicar a su representada.

³⁵ Fol. 1053 al 1054.

³⁶ Fol. 11 al 12.

Par resolver, sea del caso referirse al contenido del artículo 79 y 80 del Código General del Proceso, que enseñan:

“Artículo 79. Temeridad o mala fe. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes. Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.

A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente.

Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente”.

Las normas citadas, efectivamente se refieren a eventos en los que se discute la mala fe de alguno de los litigantes y como ello puede generar responsabilidad de su representado en el entendido que con su actuar cause una lesión a un bien jurídicamente protegido de alguno de sus contendientes.

En este punto, hace falta referirse a los argumentos expuestos por el H. Consejo de Estado en su providencia de 11 de julio de 2019, cuando en el trámite de un proceso de tutela ordenó emitir esta nueva decisión. Al respecto, precisó:

“(…) La aplicación de las normas procesales que regulan la figura de las costas y la procedencia de la condena en el caso concreto sometido a consideraciones del Tribunal Administrativo del Cesar no se encuentra dentro de un margen razonable de interpretación, toda vez que la autoridad accionada consideró que la parte demandante no había obrado de mala fe y que no se encontraban acreditadas, sin que hubiera efectuado la diferenciación entre los dos conceptos que configuran el concepto de costas al tenor de lo dispuesto en el artículo 361 del Código General del Proceso, esto es, expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y agencias en derecho, que tienen tratamiento y consecuencias jurídicas diferentes, ni hubiera utilizado criterios objetivos y verificables en el expediente.

71. es del caso precisar que, al terno de lo dispuesto por el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, las costas deben aparecer causadas y comprobarse en el expediente y, efectivamente, en el mismo

no obraba prueba de gastos o expensas en que hubiera incurrido la sociedad accionante, en lo cual le asistió al Tribunal accionado, al momento de tomar la decisión, pero no ocurrió lo mismo con las agencias en derecho, pues se encontraba plenamente acreditado que la parte demandada y, concretamente la sociedad Orbe SAS Construcciones, como integrante de esta, actuó a través de apoderado judicial, incurriendo con ello en un costo que no tiene el deber jurídico de soportar, con independencia de si el demandante actuó de buena fe.

72. La verificación de las actuaciones realizadas en ejercicio del derecho de defensa en el proceso de reparación directa son objetivamente verificables y cuantificables y estas no requerían que se allegara prueba adicional a la actuación desplegada en las diferentes etapas del proceso, máxime cuando no corresponden propiamente, en razón de la cuantía, a los honorarios pagados por la sociedad a los abogados que contrató para que la representaran en el proceso, aun cuando tengan por causa esta erogación.

73. Lo anterior, por cuanto las agencias en derecho corresponden a la cantidad que debe ordenar el juez en favor de la parte que venció en el juicio, con el fin de resarcirle los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación del tiempo y esfuerzo dedicados a tal actividad sin que correspondan a lo efectivamente invertido en ello.

74. tales actuaciones procesales deben evaluarse objetivamente de cara a la defensa realizada desde que se trajo la Litis en el año 2012 hasta la culminación del proceso con la sentencia censurada, las que corresponde valorar a la autoridad accionada para efectos de encontrarlas o no acreditadas, toda vez que se advirtió que no efectuó esto en la providencia que revocó la condena en costas efectuada en la sentencia de primera instancia y tampoco se pronunció sobre las eventualmente causadas en sede de apelación.

75. Sobre el punto la Sala reitera que, según las nuevas normas previstas en el ordenamiento procesal, la condena en costas se debe realizar con independencia de la buena o mala fe con la que haya podido obrar la parte vencida en el proceso, pues basta que se haya dictado una decisión desfavorable, con independencia de si eso se hizo en auto o en sentencia y de los motivos que dieron lugar a que el juicio se resolviera en su contra, situación que igualmente se debe valorar en la segunda instancia del proceso de acuerdo con la actividad que la parte vencedora hubiera desplegado en esta a la cual no se hizo referencia alguna.

(...)

77. Se requiere, en consecuencia, que la autoridad accionada verifique en el proceso si como consecuencia de la actuación judicial de la sociedad accionante se causaron agencias en derecho, pues en relación con los gastos y expensas le asistió razón al Tribunal al no reconocerlos por no estar acreditados.

78. Es así como en la medida de su comprobación, se deberá condenar a la parte vencida en el proceso a pagarlas para restablecer el equilibrio perdido al haberla hecho incurrir en honorarios profesionales para ejercer la defensa en el proceso, tal y como lo ordena el Código General del Proceso, debiendo tener en cuenta para su determinación los criterios previstos en el numeral 4° del artículo 366 del referido ordenamiento,

referidos a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado (...)³⁷.

Así entonces, siendo que el fallo de instancia concedió la condena en costas, advirtiendo que las mismas serían liquidadas por secretaría una vez quedará en firme aquella sentencia, esta Sala confirmará en su totalidad la decisión impugnada, en virtud de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en su fallo de tutela.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

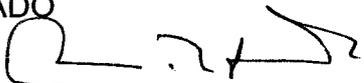
SEGUNDO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 101.


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO

Ausente en comisión
DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

³⁷ Véase el folio 9 en adelante del cuaderno denominado “cumplimiento fallo de tutela”.