

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Sala Primera de Decisión

MAGISTRADO PONENTE: EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

Pasto, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

REF.: MEDIO DE CONTROL :	REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN No. :	2015 – 00300
NÚMERO INTERNO :	7152
DEMANDANTES :	JULIA ESTHER ROSERO DE SOLARTE Y OTRO
DEMANDADOS :	NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTROS

SENTENCIA

Se decide el *recurso de apelación* interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto el 6 de noviembre de 2018, por medio de la cual, se declaró probada la excepción de «falta de legitimación en la causa por activa» y se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Julia Esther Rosero de Solarte y otra persona, en contra de la Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – INVIAS y otros.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. Síntesis de la demanda¹

La señora Julia Esther Rosero de Solarte y el señor Edgar Horacio Solarte Portilla, por intermedio de apoderado judicial y, en ejercicio de la acción de reparación directa, instauraron demanda en contra de la Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – INVIAS – Municipio de Mallama y los consorcios Ecovías y Vial del Sur, con el objeto que se declare a las entidades demandadas responsables administrativa y patrimonialmente de los perjuicios ocasionados por la falla del servicio por omisión en que incurrieron, al no evitar los deslizamientos de tierra acaecidos entre el 31 de mayo y el 8 de diciembre de 2013, en el kilómetro 34 + 0050 de la vía pública nacional que, desde Pasto, conduce a Tumaco, corregimiento de Chucunés, y que ocasionaron la destrucción del predio de su propiedad, en el que, además, tenían construida su casa de habitación, quedando expuestos a un peligro inminente contra su vida e integridad física.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicitan su reubicación definitiva en un inmueble de similares características al que resultó destruido, así como el reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales, debidamente actualizados con base al IPC, más los correspondientes intereses.

¹ Folios 1 a 23, Expediente digitalizado C1 parte 1.

1.2. Hechos

La parte demandante planteó, en resumen, los siguientes hechos:

- 1.** El señor Edgar Horacio Solarte Portillo, es el propietario del inmueble rural denominado «*El Gualtal / Trapiche el Recuerdo*», de una extensión de 2.360 m², ubicado en el corregimiento de Chucunés, sector rural del municipio de Mallama, adquirido mediante escritura pública No. 154 del 24 de agosto de 2009, otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Ricaurte, inscrita bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 254-14199 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Túquerres, en el que reposan los linderos y demás especificaciones del inmueble, el cual, a su vez, era compartido y explotado junto con su esposa la señora Julia Esther Rosero de Solarte.
- 2.** Desde la adquisición del inmueble por parte del señor Solarte Portillo, se había construido un trapiche, el que, con el transcurso del tiempo, fue adecuado tanto en su estructura como en la maquinaria, equipo y accesorios, por lo que generaba mensualmente ingresos por valor de \$1.500.000 pesos M/Cte., e, igualmente, construyeron una marranera que les reputaba ganancias mensuales equivalentes a \$ 1.000.000.
- 3.** El 31 de mayo de 2013, en el corregimiento de Chucunés del municipio de Mallama – Nariño, exactamente en el kilómetro 34 + 0050 de la vía nacional que de Pasto conduce a Tumaco, se produjo un deslizamiento o derrumbe del talud de la parte superior de la montaña, que traspasó el predio en cuestión, averiando completamente las estructuras y construcciones existentes, por lo que los demandantes se vieron en la necesidad de realizar por su propia cuenta las reparaciones necesarias para que el trapiche continuara funcionando.
- 4.** Afirma los demandantes que antes y después de la ocurrencia del deslizamiento habían informado al Ministerio de Transporte, al INVIAS y al Municipio de Mallama sobre el riesgo de deslizamiento de la montaña sobre sus predios, sin que se hayan adelantado las labores tendientes a mitigar dicha amenaza.
- 5.** El 08 de diciembre de 2013, en el mismo sector se produjo un nuevo deslizamiento de tierra, en esta oportunidad destruyendo por completo el trapiche y la marranera existente en el predio referido; dicho evento fue de tal magnitud que afectó también predios vecinos.
- 6.** Con ocasión del incidente el INVIAS y el Municipio de Mallama, les manifestaron a los propietarios de los predios afectados, que procederían a efectuar el respectivo reporte al Consejo Departamental y Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, con el fin de analizar la indemnización de los perjuicios acaecidos, sin embargo, desde el 1° de abril de 2014, los demandantes no han recibido ningún tipo de auxilio o reparación por los daños que sufrieron, ni tampoco se han efectuado las labores necesarias para intervenir el sitio y así evitar próximos derrumbes.
- 7.** El Consorcio Vial del Sur y el INVIAS suscribieron el contrato No. 409 de 2010, cuyo objeto consistía en la ejecución de la obra «*Desarrollo vial de la transversal del sur – modulo 2 – para el mejoramiento y mantenimiento del corredor Tumaco – Pasto – Mocoa*», cuyo plazo de ejecución fue por 60 meses, a partir del 20 de diciembre de 2010, encontrándose vigente a la fecha de los hechos.

8. De igual manera, el INVIAS y el Consorcio Ecovías suscribieron el contrato No. 481 de 2010, cuyo objeto consistía en la interventoría de la obra «*Desarrollo vial transversal del sur – modulo 2 – mejoramiento del corredor Tumaco – Pasto – Mocoa*», con plazo de ejecución de 60 meses, a partir del 5 de noviembre de 2010, encontrándose igualmente vigente a la fecha de los hechos.

1.3. La Sentencia de primera instancia²

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto profirió la respectiva Sentencia en la que declaró probada la excepción de «*falta de legitimación en la causa por activa*» y negó las pretensiones de la demanda.

Inició efectuando el análisis jurídico del presente caso, precisando que no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad, sin embargo la legitimación en la causa por activa, entendida como la coincidencia de la persona demandante sobre el derecho sustancial reclamado, no fue debidamente demostrada por la parte actora, por cuanto del material probatorio allegado al plenario es posible establecer que el señor Edgar Horacio Solarte Portilla, al momento de la ocurrencia de los hechos, era poseedor material del predio denominado «*El Gualtal o Trapiche el Recuerdo*», y no el propietario, como se adujo en la demanda.

A dicha conclusión se llegó teniendo en cuenta lo consignado en la escritura pública No. 154 del 24 de agosto de 2009, que refiere: «**PRIMERO:** *Que por medio de la presente Escritura Pública LAS VENDEDORAS transfieren a título de VENTA TOTAL, real, material y efectiva, llana y simple el Derecho a la Posesión Registrada únicamente a favor del comprador EDGAR HORACIO SOLARTE PORTILLA (...)* **CUARTO:** *TRADICIÓN Y MODO DE ADQUIRIR. Que lo que venden lo Adquirieron LAS VENDEDORAS, por compra de la Posesión con Título Registrado*», igualmente según lo dispuesto en el certificado de libertad y tradición, donde se registra «*la compraventa de la posesión con antecedentes registral (falsa tradición)*».

Añadió que en virtud a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la forma de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble dentro de los procesos que cursan en esta Jurisdicción, se requiere necesariamente el aporte del título y modo que exige el ordenamiento, de modo que ante la no acreditación de alguno de los elementos enunciados, se entenderá que la propiedad no fue acreditada, como ocurre en el presente caso.

Aunado a lo anterior, se resaltó que no se cumplió con la carga de la prueba, que en virtud al artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, le asiste a las partes de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen, lo cual a su vez llevó a la configuración del efecto jurídico denominado «*riesgo de no persuasión*», que consiste en que el riesgo de no probar un hecho, conlleva al fracaso de la pretensión.

1.4. El recurso de apelación³

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

² Folios 45 a 61, Expediente digitalizado C4 parte 2.

³ Folios 67 a 81, Expediente digitalizado C4 parte 2.

Manifestó que el *a quo* incurrió en un yerro al considerar que por el hecho del demandante no ser el titular del derecho de dominio o propiedad, sobre el inmueble objeto de la demanda, carece absolutamente de la legitimación material para demandar, máxime cuando la Constitución Política y el Código Civil reconocen la posesión como un derecho adquirido con arreglo a las leyes, en la que se detenta una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, independientemente que se tenga la propiedad o no, lo cual faculta a los poseedores para reclamar los perjuicios derivados del menoscabo a su derecho.

Señaló que, en el presente caso, el derecho de posesión que ostenta el señor Edgar Horacio Solarte Portilla, sobre el predio objeto de litigio, se encuentra demostrado por un lado con la escritura pública N° 154 del 24 de agosto de 2009, que permite entrever la adquisición de dicho inmueble para sí, con el ánimo de señor y dueño y para explotarlo en su propio beneficio, así como con el registro de instrumentos públicos en el folio de matrícula inmobiliaria N° 254-14199 y por otro con las declaraciones obtenidas en el trámite del proceso y que dan fe de la posesión que aquel ejerce sobre el bien, para lo cual fueron transcritas literalmente en el escrito de apelación.

Igualmente, basado en la sentencia proferida el 1° de octubre de 2014, por el H. Consejo de Estado, en el expediente radicado No. 25000232600020020034301 (33767), cuyos apartes fueron transcritos en el texto de la impugnación, el apelante considera que los demandantes tienen toda la vocación jurídica para acceder a la justicia, y solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la falla del servicio por omisión en que incurrieron las entidades demandadas, en el presente asunto.

Con los argumentos antes expuestos, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda.

2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Admisión del recurso

Mediante auto de 04 de junio de 2019⁴, se admitió el recurso de alzada contra la sentencia de primer grado y, se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento, se dispuso el traslado común a las partes para alegar de conclusión y el traslado especial al Ministerio Público para lo de su cargo.

2.2. Alegatos de conclusión

- **Parte Demandante**, se abstuvo de formular alegatos en la presente instancia.

- **Parte Demandada – Municipio de Mallama**⁵, defendió la decisión de declarar la falta de legitimación en la causa por activa, sin embargo, si en gracia de discusión se aceptan los argumentos esgrimidos en la apelación, las pretensiones no deben prosperar respecto de aquel, pues el ente territorial no ostenta la competencia para intervenir una vía de orden nacional.

⁴ Folio 12, Expediente digitalizado C4 parte 3.

⁵ Folios 16 a 17, Expediente digitalizado C4 parte 3.

- **Parte Demandada – Nación – Ministerio de Transporte⁶**, consideró acertada la decisión asumida en primera instancia, no obstante, en caso de que prosperen los argumentos de impugnación, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de aquel, pues no le asisten funciones relativa a la construcción, rehabilitación y mantenimiento de vías de ningún tipo; agregó que, en el presente caso se configura la causal de exclusión de responsabilidad denominada «*fuerza mayor y caso fortuito*».

- **Parte Demandada – Instituto Nacional de Vías - INVÍAS⁷**, reiteró los argumentos presentados en el escrito de contestación de la demanda y los alegatos de primera instancia, insistiendo en la ausencia de acciones u omisiones a su cargo y que hayan dado origen a la controversia, insistiendo que los hechos se produjeron por un hecho natural de fuerza mayor, irresistible e imprevisible, así como por la culpa exclusiva de las víctimas, quienes asumieron el riesgo de construir su vivienda al filo de la carretera, lo cual se encuentra prohibido por las fajas mínimas de retiro obligatorio y áreas de exclusión, reguladas en la Ley 1228 de 2008.

- **Llamado en garantía – Compañía Mundial de Seguros S.A.⁸**, menciona que se logró probar que no hay responsabilidad imputable al Consorcio Vial del Sur, en tanto no se contrajo como obligación dentro del contrato 409 de 2010, la intervención del talud en el cual se presentaron los deslizamientos que afectaron a los demandantes, coadyuvó la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa.

- **Llamado en garantía – Mapfre Seguros de Colombia⁹**, ratificó las argumentaciones expuestas en las excepciones propuestas en la contestación de la demandada, resaltando las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, en tanto se demostró que el INVÍAS no tenía responsabilidad alguna sobre la supuesta afectación, pues no se acreditaron los tres elementos que son indispensables en la responsabilidad extracontractual.

- **El Ministerio Público**, no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 247¹⁰ del C.P.A.C.A., esta Corporación es competente para decidir el asunto, por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto.

Se procede, entonces, a resolver la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante, en relación con los aspectos que le fueron desfavorables y según los reparos concretos formulados por el apelante, con arreglo de lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

⁶ Folios 18 a 22, Expediente digitalizado C4 parte 3.

⁷ Folios 23 a 29, Expediente digitalizado C4 parte 3.

⁸ Folios 48 a 64, Expediente digitalizado C4 parte 3.

⁹ Folios 66 a 73, Expediente digitalizado C4 parte 3.

¹⁰ Modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021

II.2. Problema Jurídico

Atendiendo los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación corresponde a la Sala resolver lo siguiente:

Si en el presente asunto, se encuentra legitimada la parte demandante en calidad de poseedores del inmueble objeto de controversia, para demandar y deducir en juicio la responsabilidad de las entidades demandadas, o si por el contrario se debe confirmar la decisión de primera instancia consistente en declarar la *«falta de legitimación en la causa por activa»*.

En caso de otorgarse una respuesta positiva al anterior supuesto, deberá el Tribunal analizar de fondo el presente asunto y por lo tanto definir:

Si de acuerdo con las pruebas recabadas, cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes, producto de la afectación al inmueble del que eran poseedores, como resulta del deslizamiento de tierra acaecido el 31 de mayo y el 08 de diciembre de 2013, en el kilómetro 34 + 0050 de la vía pública nacional que desde Pasto conduce a Tumaco, corregimiento de Chucunés del Municipio de Mallama.

En caso afirmativo, se procederá a realizar el análisis de los perjuicios correspondientes.

Bajo tales apreciaciones, queda claro en atención a que en el *sub júdice* el fallo fue impugnado por la parte demandante, por ende, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia del recurso. En tal sentido, la Sala analizará los cargos expuestos por el recurrente, relacionados con la *«Falta de legitimación en la causa por activa»*, para luego determinar si resulta procedente analizar de fondo el presente asunto.

II.3. Legitimación en la causa de la parte demandante

Teniendo en cuenta que en primera instancia se consideró que el señor Edgar Horacio Solarte Portilla, no probó su condición de propietario del inmueble presuntamente afectado con los deslizamientos de tierra, y *contrario sensu*, con las pruebas aportadas al plenario lo que se demostró es que el actor era poseedor del predio, pues al encontrarse en falsa tradición, con la compraventa realizada se transmitió la posesión pero no el derecho de dominio sobre aquel.

Entre tanto, en el recurso de apelación se aduce que si bien el señor Solarte Portilla, no es el titular del derecho de dominio o propiedad del inmueble en cuestión, con las pruebas obrantes en el plenario, si se encuentra plenamente demostrado el derecho de posesión que ostenta aquel sobre el bien, ejerciendo actividades de señor y dueño, así como explotándolo económicamente para su beneficio.

Al respecto, es preciso indicar que la legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente

a las súplicas del libelo petitorio. En relación con la legitimación en la causa, el Consejo de Estado¹¹ ha precisado lo siguiente:

«La legitimación en la causa -legitimatio ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal»

Como se aprecia, la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que desde la perspectiva pasiva supone ser el sujeto llamado a responder, a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia.

Tratándose de la responsabilidad extracontractual, esta exigencia se desprende del artículo 2342 del Código Civil que determina:

*«Puede pedir esta indemnización no sólo el que es **dueño o poseedor** de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.»* (Destaca la Sala)

Como se advierte, el precepto exige para que opere la responsabilidad extracontractual la prueba de la titularidad, la posesión o la tenencia sobre la cosa o bien jurídico afectado con el delito o la culpa.

En el presente caso, como acertadamente lo dispuso el Juez de primer grado, del material probatorio allegado al proceso, no es posible colegir que el demandante ostente la calidad de propietario del bien presuntamente afectado, lo cierto es que, esta sola circunstancia no es suficiente para concluir que el señor Edgar Horacio Solarte Portilla carece de legitimación material en la causa por activa, pues tal y como lo adujo también el juez de instancia, dentro del expediente obran pruebas que llevan a la Sala al convencimiento de que el demandante acudió a la jurisdicción en calidad de poseedor.

Si bien el actor acudió a la jurisdicción en calidad de propietario y esta no fue acreditada dentro de la litis, existe basta jurisprudencia del H. Consejo de Estado, que legitima al poseedor, cuando acredita tal condición. Sobre el particular, ha señalado que:

¹¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

«(...) le correspondería al demandante en principio probar la titularidad del derecho que adujo tener en relación con aquél para efectos de no sólo demostrar la existencia del daño aseverado como causado sino también su interés para demandar y dar inicio al proceso contencioso administrativo, lo que claramente no es óbice para que el juez de la reparación directa pueda ordenar el restablecimiento que corresponda de conformidad con las funciones que le son propias y los hechos que encuentren probados en el caso concreto, de haberse demostrado que el accionante ostentaba otra condición respecto del bien, que de todas formas permita atribuirle la calidad de víctima –aspecto de mayor relevancia en el marco de un proceso judicial de responsabilidad–, situación que se podría presentar cuando en el libelo introductorio se invoca el carácter de propietario pero sólo se logra demostrar otro derecho subjetivo sobre la cosa, como lo es la posesión, el usufructo, la habitación, u cualquier otro interés o derecho que permita colegir que el actor efectivamente sufrió un detrimento, al ser cierto que tenía una conexión con el bien sobre el que ocurrió el hecho dañoso»¹² (Destaca la Sala)

Así, con base en este razonamiento, el H. Consejo de Estado ha reconocido, que al poseedor pueden indemnizársele los perjuicios causados en un determinado bien, al margen de que la calidad que haya invocado en la demanda hubiera sido la de propietario¹³.

Al respecto, el artículo 762 del Código Civil define la posesión como «la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él». Esta definición distingue dos elementos que conforman la posesión: el corpus, o el ejercicio material del derecho, y el animus o la voluntad de considerarse titular del derecho.

En el caso concreto, el *animus*, esto es, el elemento subjetivo de la posesión, se encuentra acreditado, con base en que el señor Edgar Horacio Solarte Portilla adelantó junto con su esposa gestiones ante el Municipio de Mallama y el INVÍAS, a fin de que se ejecutaran obras para prevención y mitigación del riesgo que se cernía sobre aquellos, en virtud del posible deslizamiento de tierras sobre los predios en inmediación a la vía, sin que ninguna de las entidades demandadas haya alegado en algún momento oposición a la posesión.

En cuanto al segundo elemento: el *corpus*, no se desconoce que el inmueble se encontraba materialmente en poder del señor Edgar Horacio Solarte Portilla, de acuerdo a los testimonios rendidos dentro de la audiencia de pruebas por: Carlos Bayardo Rosero Díaz, Pedro Gilberto Cadena y las mismas partes en sus interrogatorios, quienes informaron tener conocimiento que el señor Solarte Portilla era el propietario del inmueble, quien además lo explotaba económicamente, para su beneficio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de agosto de 2014, exp. 30391, Danilo Rojas Betancourth.

¹³ Al respecto se ha pronunciado entre otras, en las sentencias: (i) de 2 de marzo de 2000, exp. 12.497, C.P. María Elena Giraldo Gómez; (ii) de 31 de agosto de 2006, exp. 19.432, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; (iii) de 27 de enero de 2016, exp. 34517, CP: Hernán Andrade Rincón; (iv) de 11 de noviembre de 2016, exp. 31538, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo; (v) de 6 de julio de 2017, exp. 40884, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; y (vi) de 14 de marzo de 2019, exp. 49617, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Adicional a ello, obran en el plenario la escritura pública No. 154 del 24 de agosto de 2009 y el certificado de libertad y tradición correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria N° 254-14199, donde se registra la compraventa de la posesión del bien inmueble efectuada por el demandante.

Por lo anterior, concluye la Sala que se demostró que el demandante Edgar Horacio Solarte Portilla, junto con su esposa Julia Esther Rosero de Solarte, son poseedores del inmueble rural denominado «*El Gualtal o Trapiche el Recuerdo*», ubicado en el corregimiento de Chucunés, sector rural del municipio de Mallama, y que, en tal virtud, se encuentran legitimados en la causa para demandar reparación por los presuntos perjuicios derivados del deslizamiento de tierra acaecido el 31 de mayo y el 08 de diciembre de 2013, en el kilómetro 34 + 0050 de la vía pública nacional que desde Pasto conduce a Tumaco.

En este orden de ideas, habrá lugar a revocar el fallo de primer grado y, por lo tanto, se debe efectuar el análisis de fondo del presente asunto, con el fin de establecer si se configuran los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la parte demandada.

II.4. De las pruebas relevantes y su contenido

II.4.1. Hechos probados

Al proceso, se allegaron las siguientes pruebas relevantes para definir la *litis*:

1.- Que los señores Julia Esther Rosero y Edgar Horacio Solarte Portilla, contrajeron matrimonio el 05 de octubre de 1974¹⁴.

2.- Que mediante escritura pública No. 154¹⁵ de la Notaría Única de Ricaurte (N) de 24 de agosto de 2009, el señor Edgar Horacio Solarte Portilla compró a las señoras Julia Esther Rosero de Solarte (su cónyuge) y Ruth del Socorro Rosero Villegas, el derecho a la posesión del lote de terreno rural y del trapiche para molienda de caña denominado “*El Gualtal*” y que en lo sucesivo se denominaría “*Trapiche el Recuerdo*”, ubicado en el corregimiento de Chucunés del Municipio de Mallama, con un área de 2.360 Mts², la cual fue registrada el 08 de septiembre de 2009 en el folio de matrícula inmobiliaria No. 254-14199 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Túquerres¹⁶.

3.- Al proceso se allegó copia del informe suscrito por el especialista en Geotecnia Freddy Alberto Duarte Salcedo, dirigido al director de interventoría de CONSORCIO ECOVIAS el 15 de agosto de 2013, en el cual refiere que en el sitio crítico PR 34+050 Ruta Tumaco – Pasto, se presentó la falla de un muro de gaviones, falla de un talud alledaño, grietas de tracción en la parte alta de la ladera y la saturación del suelo por la presencia de un tanque de agua y un deficiente drenaje de la parte alta de la ladera, factores que originaron un flujo de lodo. Así mismo señaló que, dependiendo de la próxima ola invernal, podía volver a presentarse, por lo cual recomendó conducir la escorrentía a lo largo de dos o tres drenajes existentes mediante obras tipo cunetas para reducir la erosión e infiltración, también refirió que sobre la ladera se requería revestir los drenajes mediante canales conformados con

¹⁴ Folio 30, Expediente digitalizado C1 parte 1.

¹⁵ Folios 31 a 36, Expediente digitalizado C1 parte 1.

¹⁶ Folio 37 a 40, Expediente digitalizado C1 parte 1.

sacos de suelos de cemento y geo membrana en total 300 metros. A su vez recomendó el relleno mediante arcilla estabilizada con cal para los escarpes y grietas de la ladera y la construcción de drenes horizontales, para controlar las aguas infiltradas y, posteriormente, adelantar la construcción de un muro de contención en concreto reforzado y cimentado sobre pilas¹⁷.

4.- El contador público Juan Carlos Castro Figueroa certificó que la señora Edgar Horacio Solarte Portilla percibía ingresos mensuales que ascendían a \$1.000.000 de pesos M/Cte por su negocio de la crianza, engorde y comercialización de porcinos (marraneras)¹⁸ y \$2.000.000 de pesos M/Cte por su negocio de trapiche para la molienda de caña¹⁹.

5.- El 05 de agosto de 2010 se suscribió entre el INVÍAS el contrato No. 409 de 2010²⁰, cuyo objeto consistía en el «*DESARROLLO VIAL TRANSVERSAL DEL SUR – MODULO 2 – MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DEL CORREDOR TUMACO – PASTO – MOCOA*», por un valor de \$338.317.060,806 pesos M/Cte y un plazo de ejecución que no podía exceder los 60 meses.

6.- Que el contrato de interventoría No. 481 de 2010, suscrito entre el INVIAS y el CONSORCIO ECOVIAS, tenía como objeto desarrollar las actividades de interventor dentro de la obra de desarrollo vial transversal del sur módulo 2, interventoría para el mejoramiento y mantenimiento del corredor vial Tumaco – Pasto – Mocoa.

7.- En virtud a los compromisos establecidos en el modificatorio No. 8 del anterior contrato de interventoría, el Consorcio Ecovías presentó el informe correspondiente a la asesoría del proyecto «*Talud superior inestable PR 34+0050 (1002) El arenal*», donde se manifiesta que inicialmente se adoptaron una serie de recomendaciones, las cuales fueron completamente modificadas debido a dificultades relacionadas con las característica topográficas del talud, el comportamiento mecánico de los suelos y las condiciones de drenaje que se encontraron en el sector, por lo anterior, en esta oportunidad recomiendan para prevenir una dilación en el desarrolla en la implementación de la propuesta y por la seguridad de los habitantes de los predios, generar la adquisición completa de los predios que encuentran frente al talud, ya se prevé que un nuevo deslizamiento podría afectar las edificaciones que se apostan al frente del talud²¹.

8.- Entre el INVÍAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Caminantes Ltda., se suscribió el contrato No. 779 de 2012 para el mantenimiento de las vías, sector cinco, ruta 1002 Junín – Pedregal, PR 31+0000 (Ricaurte) – PR 62-0000 (El Verde), consistente en 1) limpieza de bermas, cunetas, zanjas de coronación, encoles, desencoles, canales, obras de arte, puentes, barandas, la calzada, señales, mojones, defensas metálicas, lechos de ríos y cursos de agua que afecten las estructuras de la vía nivel de sedimentación de las aguas, entre otros, hasta el 31 de diciembre de 2013²².

¹⁷ Folios 65 a 67, Expediente digitalizado C1 parte 1.

¹⁸ Folio 92, Expediente digitalizado C1 parte 1.

¹⁹ Folio 93, Expediente digitalizado C1 parte 1.

²⁰ Folios 1 a 14, Expediente digitalizado C1 parte 3.

²¹ Folios 64 a 66, Expediente digitalizado C1 parte 7.

²² Folios 78 a 93, Expediente digitalizado C2 parte 2.

9.- En respuesta a los oficios remitidos por el Juzgado de primera instancia, el Alcalde del Municipio de Mallama, preciso que el ente territorial si otorgó subsidios a los damnificados por los deslizamientos, pero no contaba con presupuesto para intervenir la vía, también precisó que el señor Edgar Horacio Solarte no contaba con licencia para construir en el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 254-14199, la adecuación del corredor vial afectado corresponde en todos sus ámbitos al INVÍAS, frente a los requerimientos que ha presentado el INVÍAS respecto de la invasión en las fajas laterales de retiro, la administración procedió conforme lo prevé la Ley 1228 de 2008, tampoco existen solicitudes por los moradores del corregimiento Chucunés sobre la amenaza de desprendimiento de talud en el PR 34-0050²³.

10.- Dictamen pericial de fecha 5 de junio de 2018, elaborado por el geólogo Tomás Libardo Caicedo Morcillo²⁴, en el cual, se indicaron los siguientes aspectos: (i) la localización del tanque de agua está a unos 45m detrás de la corona de deslizamiento y no se observa en sus alrededores empozamiento de agua o grietas en el suelo, (ii) cuando se presentan temporadas de altas precipitaciones, la posibilidad de un deslizamiento es mayor en zonas como las del caso en cuestión y las fechas en que se produjeron los deslizamientos son periodos de mayores precipitaciones en la zona, (iii) se mantienen vigentes las recomendaciones efectuadas por el ingeniero Fredy Alberto Duarte Salcedo, en el informe de inspección realizado en agosto de 2013, consistentes en vigilar el funcionamiento adecuado de las tuberías de desagüe ubicadas a un costado de la zona del deslizamiento, realizar inspecciones periódicas a la parte superior y alrededores del talud, para controlar el sellamiento de grietas y (iv) además se recomendó dar mantenimiento al muro de gaviones localizado a un costado del deslizamiento y vigilar el funcionamiento del sistema de canales de desagüe de la vía.

11.- Dictamen pericial de fecha 18 de junio de 2018, elaborado por el economista Hermes Hernán Narváez Guerrero²⁵, que tiene por objeto realizar el avalúo comercial del inmueble afectado, junto con las construcciones existentes con anterioridad a los deslizamientos de tierra, así como los daños materiales ocasionados y el estado actual en que se encuentran las edificaciones, determinándose detalladamente el presupuesto correspondiente a los gastos realizados para habilitar el trapiche y las marraneras, los cuales ascendieron a la suma de \$32'973.000 pesos M/Cte, costos que según el dictamen fueron asumidos netamente por el señor Edgar Horacio Solarte Portilla.

II.4.2. Interrogatorio de parte

Edgar Horacio Solarte Portilla

Expuso que: **(i)** De la franja de la vía a donde está construido el trapiche son unos 60 m, 70 m, **(ii)** el deslizamiento de tierra entró a la construcción del trapiche el cuál fue afectado, **(iii)** no se elevó ninguna solicitud de reubicación por su parte, **(v)** el sector es una zona húmeda, en la que en ocasiones llueve por lo que se generan deslizamientos de tierra, **(vi)** se hicieron llamados de atención al INVÍAS con el fin de que se colabore a la comunidad que se encontraba en zona de riesgo, **(vii)** el trapiche afectado fue construido hace

²³ Folios 2 a 4, Expediente digitalizado C3 parte 1.

²⁴ Folios 8 a 20, Expediente digitalizado C4 parte 1.

²⁵ Folios 23 a 28, Expediente digitalizado C4 parte 1.

más de 50 años por lo que aduce no tenía licencia de construcción. (Audiencia de pruebas, minuto: 17:30 a 29:25)

Julia Esther Rosero

Quien refirió: **(i)** El trapiche afectado por el deslizamiento de tierra está ubicado a 50m o 40m de la vía, **(ii)** El sector siempre ha presentado inestabilidad, **(iii)** En varias oportunidades se solicitó al INVÍAS la construcción de un muro, **(iv)** manifiesta que si se elevaron solicitudes para la reubicación, **(v)** el trapiche y la marranera no contaban con licencia de construcción porque antes no se solicitaba. (Audiencia de pruebas, minuto: 30:52 a 35:17)

II.4.3. Testimoniales

II.4.3.1. Parte demandante

Carlos Bayardo Rosero Díaz

Quien señaló: **(i)** considera que el derrumbo se produjo por la existencia de una grieta en la montaña que quedaba encima del trapiche, **(ii)** para la fecha de los hechos se estaban ejecutando en el sector obras de repavimentación y mantenimiento de la vía, **(iii)** el sector siempre ha sido inestable y hasta la actualidad cuando llueve existen derrumbos, **(vi)** el trapiche de propiedad de los demandantes fue afectado en su estructura y maquinaria, **(v)** el trapiche está construido aproximadamente a una distancia entre 30m y 40m del eje central de la vía pública, **(vi)** los demandantes debieron asumir por completo los costos de reparación del trapiche, **(vii)** en el sector no existía ninguna señal de precaución o aviso sobre la posibilidad de deslizamientos o desprendimientos de tierra, **(viii)** la comunidad sabía sobre la inestabilidad del terreno debido a la altura del talud y de la montaña, **(ix)** las grietas en la montaña se encontraban en la parte superior, por lo que al llenarse de agua cuando llueve es lógico que estas iban a resbalar, **(x)** para la época de los hechos el clima se encontraba lluvioso. (Audiencia de pruebas, minuto 40:02 a 1:13:21)

Pedro Gilberto Cadena

Dispuso: **(i)** la zona presenta inestabilidad por lo que se generan derrumbos pequeños, pero no como los que se presentaron en esta oportunidad, **(ii)** antes de las avalanchas no se veía ninguna señal de prevención sobre posible avalanchas en el sector. (Audiencia de pruebas, minuto 1:15:44 a 1:38:10)

II.4.3.2. Parte demandada - Instituto Nacional De Vías - INVÍAS

Cesar Enrique Moran Fernández

Por su parte, estableció: **(i)** los diagnósticos que ha hecho la misma unidad nacional de gestión de riesgo disponen que es un corredor muy propenso al deslizamientos porque son pendientes altas, las montañas, las laderas son de mucha pendiente y hay muchos hilos de agua que bajan en la parte superior, además, es que estas zonas están sometidas a condiciones inadecuadas de pastoreo y agricultura, y malos manejos de la cuenca, deforestación, estas situaciones en mayor o menor medida son las causas de los deslizamientos,

(ii) existen unas zonas de exclusión de carreteras de acuerdo a la ley 1228 1008, que son 60 m, 30 m a cada lado a partir del eje, es una zona de exclusión de carreteras en la que no debe haber ninguna clase de construcción, (iii) después de la de la investigación con los especialistas de la interventoría, se logró detectar que además de estas causas, existía un tanque de almacenamiento de agua que estaba en zona privada y fuera de la zona de exclusión de carretera, esa filtración ayudó mucho, unido a la alta temporada invernal en mayo y en diciembre, (iv) se hizo una medición en el sitio y se determinó que el trapiche se encuentra a 12 m del eje de la vía aproximadamente, ósea está dentro de la zona de exclusión de carreteras, (v) para la fecha de los hechos se encontraba en época en invernal, y se observaba un flujo del talud, un flujo de material fino, no se observó material grueso, (vi) Antes del 31 de mayo de 2013, no se conocieron ningún tipo de oficios o comunicaciones advirtiendo sobre el evento, (vii) Las obras que se ejecutaba para el momento de los hechos estaban interviniendo pero solamente sobre el corredor vial, no sobre el talud, (viii) las viviendas que fueron afectadas con los deslizamientos se encontraban dentro de la zona de exclusión de vía. (Audiencia de pruebas, minuto 1:41:52 a 2:20:41)

II.4.3.3. Parte demandada – Consorcio Vial del Sur

Eduardo Houghton Pérez

Quien manifestó: (i) el objeto del contrato era el mantenimiento y mejoramiento de la vía existente, en la que no había que intervenir ningún talud, (ii) en el sitio mencionado, existía vegetación, había un cultivo de caña, nada indicaba que hubiera un riesgo inminente de derrumbe, era la época de invierno. (iii) el primer derrumbe se vino intempestivamente sin presentar ningún anuncio previo, (iv) inicialmente no se tenía conocimiento ni afloraba ningún signo de que eso fuera con anterioridad, sin embargo es conocido que con mucha frecuencia se presentan derrumbes en todo el sector, sin embargo no se había visto riesgo inminente de un derrumbe, (v) las edificaciones de la casa y el trapiche se encuentran a bordo de la vía, se logró determinar que en todo ese sector no se respetan las restricciones que impone el corredor de la vial. (Audiencia de pruebas, minuto 2:20:23 a 2:36:20)

II.4.4. Prueba pericial

Hermes Hernán Narváez Guerrero

(i) Expuso las conclusiones arribadas en la experticia efectuada, las cuales fueron sustentadas y ratificadas en los mismos términos del dictamen aportado, reiterando el avalúo de los daños materiales causados al trapiche y aclarando que las marraneras no sufrieron daños, por lo que el presupuesto de los gastos de reparación establecido únicamente corresponden al trapiche.

Tomas Libardo Caicedo Morcillo

(i) se logró determinar de acuerdo a la entrevista con los moradores del sitio que la canalización de las aguas procedentes del tanque presente en la zona, se efectuó después del acontecimiento de los deslizamientos, con recursos propios de la comunidad, (ii) la roca que predomina en la zona es una roca denominada diabasa, que desde el punto de vista de la ingeniería se califica

como resistente, sin embargo ese sector está cubierto por ceniza volcánica, que se trata de una roca blanda, la cual cuando se presentan tiempos de lluvia abundantes o como en este caso por rebosamiento de agua, esa roca de ceniza pierde las condiciones de cohesión y puede ocasionar deslizamientos, **(iii)** en el mes de agosto de 2013 se llevó a cabo una visita técnica donde se dispusieron una serie de correctivos que debían aplicarse al sector, los cuales si hubiesen sido adoptados considera que si se pudo evitar el segundo deslizamiento ocurrido en el mes de diciembre, **(iv)** dichos correctivos consistían en el sellamiento de las grietas, la canalización de las aguas de la quebrada ubicada a un costado del talud y la construcción de una obra de contención hacia la base del talud. (Audiencia de pruebas, minuto 35:45 a 1:00:13)

II.5. Responsabilidad del Estado por daños ocurridos a consecuencia de omisiones en el mantenimiento de las vías

En casos como el presente, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

«Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el Estado está obligado a realizar las labores necesarias para cumplir con el sostenimiento de la red vial, de manera que deberá responder en los siguientes eventos: i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito9, ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin que la entidad demandada hubiere efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vía10; en este evento, se deberán evaluar las condiciones y circunstancias del caso particular, con el fin de determinar la razonabilidad del tiempo, pero dicha valoración será aún más estricta si se llega a demostrar que el hecho anormal que presentaba la vía fue puesto en conocimiento de la accionada y que ésta omitió el cumplimiento de sus funciones; no obstante, en este punto cabe advertir que la falta de aviso a la entidad encargada no la exonera de responsabilidad.»²⁶

II.6. Análisis del caso

Inicialmente observa la Sala que de los escritos de contestación de la demanda presentados en primera instancia el MUNICIPIO DE MALLAMA, el CONSORCIO VIAL DEL SUR, el CONSORCIO ECOVIAS, la NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS-, alegaron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto de la referida excepción, el H. Consejo de Estado²⁷ se ha pronunciado en el siguiente tenor:

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de enero de 2014, exp. 30356, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Citada en sentencia de 29 agosto de 2016. Exp.: 30532. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

²⁷ Sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Tercera, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 19 de julio de 2018.

«Ahora bien, por un lado, frente a la: legitimidad del Ministerio de Transporte para fungir como parte dentro del proceso de la referencia, es necesario precisar que los artículos 58 y 59 de la Ley 489 de 1993 establecen las funciones que les corresponden a los ministerios y departamentos administrativos como entidades que tienen por objeto la formulación y adopción de políticas públicas, de programas y proyectos atinentes al sector administrativo que dirigen y que, para el caso concreto, corresponden al esquema normativo en materia de transporte, tránsito e infraestructura.

A su vez, el Decreto 2053 del 23 de julio de 2003 establecía:

“Del sector transporte

“ART. 1º.- Objetivo del Ministerio. El Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

“ART. 2º.- Funciones del Ministerio. El Ministerio de Transporte cumplirá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes (...)

2.2. Formular las políticas del Gobierno Nacional en materia de tránsito, transporte y la infraestructura de los modos de su competencia. (...)

2.7. Fijar y adoptar la política, planes y programas en materia de seguridad en los diferentes modos de transporte y de construcción y conservación de su infraestructura.

2.8. Establecer las políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante sistemas como concesiones u otras modalidades de participación de capital privado o mixto.

2.9. Apoyar y prestar colaboración técnica a los organismos estatales en los planes y programas que requieran asistencia técnica en el área de la construcción de obras y de infraestructura física, con el fin de contribuir a la creación y mantenimiento de condiciones que propicien el bienestar y desarrollo comunitario. (...)

2.12. Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en materia de tránsito, transporte e infraestructura de los modos de su competencia. (...)

2.15. Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas. (...)

Conforme a lo anterior, en primer lugar, es evidente que el Ministerio de Transporte es una entidad encargada de la fijación de políticas públicas atinentes a las materias de transporte, tránsito e infraestructura; bajo ese entendido, es esencial diferenciar que sus competencias están dirigidas, exclusivamente, a precisar dichas políticas, más no a ejecutarlas, puesto que no se trata de un órgano técnico de ejecución, sino de un órgano de dirección.

En otras palabras, primero, no se logra colegir que dicho Ministerio hubiese tenido alguna participación en los hechos objeto de esta demanda, y segundo, teniendo en cuenta, además, que se trata de un órgano de dirección y fijación de políticas, y no de un órgano técnico ejecutor de estas, por lo que no le correspondería asumir la competencia frente al mantenimiento de la vía objeto de análisis para el caso concreto; de manera que, la Sala encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Ministerio de Transporte.

Por otro lado, de las pruebas que obran en el expediente, la Sala observa que la ocurrencia de los hechos tuvo lugar en una vía de orden nacional, por lo que la competencia para la conservación y mantenimiento correspondía al Instituto Nacional de Vías - INVIAS.»

Conforme a la jurisprudencia en cita, no se puede entender como legitimada en la causa por pasiva a la NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE, pues esta entidad solo se encarga del direccionamiento de políticas en materia de transporte de vías, pero no es la entidad encargada de la ejecución de obras que permitan el mejoramiento de las vías. En consecuencia, se debe decretar la falta de legitimación en la causa de dicha entidad para concurrir al presente asunto.

En relación con el CONSORCIO VIAL DEL SUR se tiene que en la contestación de la demandada refirió que se encontraba adelantando trabajos de mantenimiento y mejoramiento de la vía en el sector de la vía entre Tumaco y Pasto, consistente en la remoción de capa asfáltica para poner una nueva, ampliación de la vía en sectores planos y mantenimiento de cunetas, sin que en las obligaciones contractuales del contrato No. 409 de 2010, se haya incluido la intervención de taludes que se encontraran con fallas en la vía, pues ese tipo de trabajos de gran intervención se requerían de estudios previos y la aprobación de ampliación del rubro contractual por parte del INVIAS, para adelantar dichas obras.

Sobre lo manifestado, el INVIAS ratificó que celebró el contrato No. 409 de 2010 con el CONSORCIO VIAL DEL SUR, para el mantenimiento y mejoramiento de la vía nacional Mocoa – Pasto –Tumaco, sin incluir la intervención de taludes adyacentes al tramo referido.

Así mismo, manifestó que celebró el contrato No. 418 de 2010, con el CONSORCIO ECOVIAS que tenía por objeto realizar la interventoría del contrato suscrito con el CONSORCIO VIAL DEL SUR, obligándose a hacer seguimiento de los trabajos de mantenimiento y mejoramiento vial; tampoco se delegó en ese contratista la función de adelantar labores de intervención de los taludes adyacentes en los cuales se encontraran fallas.

Como respaldo de lo manifestado por los consorcios demandados y el INVIAS, se encuentran los testimonios de varios ingenieros que estuvieron en el desarrollo de las obras cuando ocurrieron los deslizamientos del 31 de mayo de 2013 y del 8 de diciembre del mismo año, quienes coincidieron en señalar que los objetos contractuales que desarrollaban los contratistas no incluían intervenciones en el talud.

Conforme a lo expuesto, para el despacho es claro que no era responsabilidad del CONSORCIO VIAL DEL SUR, ni del CONSORCIO ECOVIAS, adelantar obras en el talud que presentó los deslizamientos que presuntamente causaron afectaciones

a los demandantes del proceso; a su vez, está probado que tampoco hizo ninguna intervención el referido talud, pues las obras que se adelantaron se hicieron sobre la vía, sin alterar o actuar sobre algún talud adyacente.

En consecuencia, se procederá a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de dichos consorcios en el proceso. Por lo tanto, en el presente caso debe entrarse a estudiar la posible responsabilidad del INVÍAS y el MUNICIPIO DE MALLAMA, frente a los daños alegados por los demandantes.

De acuerdo con las pruebas relacionadas, se procede a estudiar si se cumple con alguno de los presupuestos jurisprudenciales para la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado omisión en el mantenimiento vial:

i) Conocimiento previo de las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y adopción de las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito

Según las pruebas enunciadas anteriormente, se colige que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, tenía conocimiento de las condiciones del terreno y adelantó un estudio de geotecnia en el que se propusieron ciertas soluciones, el día 15 de agosto de 2013, esto es, algunos meses antes de presentarse el segundo deslizamiento de tierra en el lugar (8 de diciembre de 2013).

De igual manera, el perito Tomas Libardo Caicedo Morcillo, explicó que se avizoraban ciertos métodos para impedir las infiltraciones de agua en el talud y procurar su estabilidad, como tuberías y gaviones; pero también agregó, que la topografía del lugar es abrupta, sumado a que el terreno está cubierto de ceniza volcánica, lo cual en temporada de lluvias genera un flujo de lodo que propicia deslizamientos.

Es decir, que si bien existía conocimiento de las condiciones geológicas del lugar y la ubicación de ciertos inmuebles en zona de riesgo, también es verdad que las condiciones propias del lugar, más la temporada lluviosa, son situaciones propicias para generar desprendimiento del talud, sin que se sepa con exactitud cuáles debieron ser las medidas técnicas propicias adoptadas por el INVIAS para evitar la ocurrencia de los hechos.

En otras palabras, tanto en los documentos aportados al proceso como en los testimonios recaudados, se reitera que existió una temporada de lluvias que afecta el lugar, mismo que presenta características de un terreno proclive a derrumbos.

En contraste, no son concluyentes los medios de prueba para establecer que existía una medida eficaz y que pudo desarrollarse para evitar la formación del flujo de lodo y el desplome del talud.

De manera que no se puede afirmar que de haber realizado acciones diferentes a las efectuadas –de conformidad con las funciones legales a cargo del INVIAS²⁸, se pudo evitar el daño alegado en el presente asunto.

²⁸ El artículo 2 del Decreto 2318 de 2013, establece las siguientes funciones del INVIAS:

En esa medida, de los medios de convicción allegados, se colige que existían unas condiciones meteorológicas y geográficas hostiles, las cuales sin duda influyeron en el desplome del talud y resultan ajenas a las entidades demandadas, no son previsibles, ni tampoco resistibles.

De igual manera, en el sector existía un tanque averiado, el cual se encontraba desbordando agua constantemente, hecho que fue corroborado por los testigos y el perito, y determinada como una de las causas eficientes que ocasionaron los deslizamientos, sumado a la temporada de altas precipitaciones que afrontaba la zona para esas fechas.

Aunado a lo anterior, según lo dicho por los testigos, el predio estaba ubicado en la zona de exclusión de la vía, trasgrediendo lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1228 de 2008, por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones, que establece lo siguiente:

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

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

Al punto, es menester mencionar que no obra en el expediente un documento que indique si hubo o no autorización por parte del municipio 50 años atrás, cuando se construyó el inmueble o las edificaciones cuya afectación se reclama. Con todo, se probó que la Alcaldía de Mallama advirtió el riesgo al INVIAS y propició la reubicación de las personas que residían en dicha zona de exclusión.

“2.1 Ejecutar la política del Gobierno nacional en relación con la infraestructura de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte. 2.2 Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia. 2.3 Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia. 2.4 Adelantar investigaciones, estudios, y supervisar la ejecución de las obras de su competencia conforme a los planes y prioridades nacionales. 2.5 Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en las infraestructuras a su cargo, cuando ellas lo soliciten. 2.6 Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia. 2.7 Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo. 2.8 Elaborar, conforme a los planes del sector, la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos. 2.9 Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura de su competencia, revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley. 2.10 Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia. 2.11 Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran. 2.12 Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa. 2.13 Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso. 2.14 Ejecutar los planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo. 2.15 Controlar y evaluar la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo. 2.16 Definir la regulación técnica relacionada con la infraestructura de los modos de transporte carretero, fluvial, férreo y marítimo. 2.17 Coordinar con la Agencia Nacional de Infraestructura la entrega, mediante acto administrativo, de la infraestructura de transporte, en desarrollo de los contratos de concesión. 2.18 Las demás que se le asignen.

En esa medida, teniendo en cuenta la carga probatoria que le corresponde a la parte actora, no se logró acreditar el cumplimiento del primero de los presupuestos jurisprudenciales para declarar la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS o del MUNICIPIO DE MALLAMA.

ii) Omisión de las tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial - labores de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vía

Según lo probado, en el presente asunto se reclama los efectos del desastre natural, desplome de talud contiguo a la vía, sobre un predio donde se encontraban dispuestas unas edificaciones (trapiche, marraneras), es decir, que como tal, no se reclama que los daños se hayan propiciado por obstáculos en la vía, que impidan la circulación, luego, tampoco se prueba este aspecto.

Con todo, se reitera que las pruebas recabadas dan fe de que las condiciones geográficas del lugar, sumado a una ola invernal jugó un papel fundamental en la causación del daño, sin que se logre establecer, con soporte científico, hasta qué punto las entidades demandadas estaban en condición de prever o resistir tales circunstancias.

En ese entendido, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le corresponde de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso y la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues, si bien se encuentran acreditados los daños generados a los demandantes por la destrucción del inmueble donde residían, no se demostró falta de diligencia u omisiones por parte de la administración, que haya propiciado el citado daño.

Por consiguiente, se procede a confirmar la decisión de primera instancia y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en esta providencia, dada la insuficiencia de las pruebas en la acreditación de la causa del daño, que se encontraba a cargo de la parte actora.

II.4. Costas

En cumplimiento a lo consagrado en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandante en segunda instancia, por cuanto el recurso no prosperó.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 06 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la prosperidad de la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** respecto del **MINISTERIO DE TRANSPORTE, CONSORCIO VIAL DEL SUR, CONSORCIO ECOVIAS**, y las entidades llamadas en garantía por estos demandados esto es **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS** y **MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA**, de conformidad con las consideraciones dispuestas en precedencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente providencia.

CUARTO: EJECUTORIADO el presente fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas anotaciones en la sede electrónica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

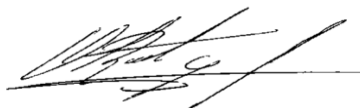
Aprobada en sesión virtual de la fecha según consta en el acta respectiva, por los Magistrados:



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado



BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN
Magistrada



ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado