

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Naturaleza jurídica / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Legitimación de hecho y material / LEGITIMACION EN LA CAUSA DE HECHO - Concepto / LEGITIMACION EN LA CAUSA MATERIAL - Concepto.

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. Toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de "... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada".

NOTA DE RELATORIA: Sobre legitimación en la causa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 22 de noviembre de 2001, rad. 13356, del 15 de junio de 2000, rad. 10171, del 31 de octubre de 2007, rad. 13.503, del 17 de junio de 2004, MP. María Elena Giraldo Gómez, rad. 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452) y 1 de marzo de 2006, MP. Alier E. Hernández Enríquez, rad. 13764.

CARGA DE LA PRUEBA - Naturaleza / CARGA DE LA PRUEBA - Regla de conducta del juez / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad

El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un

principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

DERECHOS REALES - Prueba. Título y modo / PROPIEDAD DE INMUEBLE - Prueba. Título y modo / BIEN INMUEBLE - Propiedad. Falta de acreditación

En el presente caso la parte actora tenía la carga de acreditar, en primer término, el daño que le fue irrogado; a tal efecto, teniendo en cuenta que el accionante invocó la condición de propietario del predio que se vio afectado por la irrupción de las aguas debido a la alegada omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas, debía demostrar tal calidad de la manera que lo exige el ordenamiento jurídico, vale decir, tomando en consideración que la propiedad o la realización de cualquier negocio jurídico que afecte un derecho real respecto de un bien inmueble solamente puede probarse con la acreditación tanto del título (contrato o el que haga sus veces, en el presente caso, la resolución administrativa que dio lugar a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria aportado con la demanda y referido en apartado precedente) como del modo (tradicción tabular) del cual se deriva la calidad de propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera; las normas que expresamente establecen una tarifa legal de prueba en esta materia —artículos 43 y 44 del Decreto-ley 1250 de 1970— excluyen la posibilidad de que las anteriores circunstancias puedan acreditarse mediante la sola aportación de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o la del sólo certificado de registro. La plena identificación del predio, la certeza en punto de su ubicación, de sus límites y de sus linderos, además de lo

anterior, resulta trascendental en el sub judice comoquiera que el propio extremo activo de la litis reconoce que el supuestamente afectado se trata de un lugar contiguo al mar, luego resulta insoslayable constatar que no se ha transgredido por el accionante alguna de las disposiciones que regulan la naturaleza jurídica, el destino y las limitaciones que en cuanto a su utilización establece el ordenamiento jurídico para las playas, en tanto que bienes de uso público, pues bien sabido es que para que resulte admisible la existencia de daño reparable, éste debe provenir de la lesión a una situación lícita. Y es que en el ordenamiento jurídico colombiano no hay lugar a la menor hesitación en el sentido de que las playas marinas son de propiedad del Estado, razón por la cual cualquier construcción en ellas debe tener un permiso especial que nunca confiere propiedad, según lo establece el artículo 679 del Código Civil. Todo lo expuesto pone de presente la trascendencia que reviste, en el presente asunto, contar con absoluta claridad en punto de la identificación del predio cuya afectación se alega por los accionantes, identificación que en manera alguna está demostrada a través de pruebas idóneas al efecto; ello conduce a concluir que la parte actora no acreditó la condición que invocó en la demanda para formular las pretensiones que en ella se incluyen y, consecuentemente, que no demostró tener legitimación en la causa, presupuesto necesario, según se explicó, para proferir sentencia de mérito favorable a las anotadas pretensiones; o, desde otra perspectiva, no se ha demostrado la ocurrencia del daño cuya reparación se deprecia, de suerte que se echa en falta dicho elemento indefectible a efecto de estructurar una declaratoria de responsabilidad patrimonial en contra de los demandados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720)

Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

«**PRIMERO:** Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por los representantes de la Nación-Ministerio de Defensa y del Departamento de Sucre, con respecto a dichas entidades.

SEGUNDO. Niéganse las súplicas de la demanda.

TERCERO. Una vez ejecutoriada archívese el proceso» (mayúsculas y negrillas en el texto original).

1. ANTECEDENTES.

1.1. Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 1.997 ante el Tribunal Administrativo de Sucre (fls. 1-27, c. 1), a través de apoderado judicial común y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, los ciudadanos Ulises Manuel Julio Franco, quien obra en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Lina María y Elizabeth Julio Montes; Jorge, Manuel y Yaneth Julio Montes y Elida Montes Anaya, instauraron demanda encaminada a que se declarara a la Nación - Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), al municipio de Santiago de Tolú y al Departamento de Sucre, responsable de los perjuicios ocasionados a los accionantes como consecuencia de las circunstancias que, dado lo confuso de la redacción del libelo introductorio de la litis, la Sala prefiere transcribir antes que sintetizar:

“... por la acción y omisión de los funcionarios de las entidades demandadas con el accionar de sus conductas omisivas y negligentes, le han causado daños morales y daños materiales, lucro cesante como consecuencia de la omisión por parte de las entidades demandadas, muy a pesar que el actor ULISES JULIO FRANCO, presentara una acción de tutela con el fin de que se le tutelara el derecho de propiedad, como efectivamente se tuteló mediante providencia de fecha julio 27 de 1993, quedando ejecutoriada el 31 de enero de 1994, por la Corte Constitucional; la propiedad tutelada es el predio denominado VILLA YANETH, donde tiene un establecimiento comercial, ubicado en el Golfo de Morrosquillo, municipio de Santiago de Tolú (Sucre), más exactamente el predio denominado la Perdiz Palo Blanco, donde el mar ha desaparecido la carretera vieja de Tolú a Coveñas y hasta el punto que ha llegado a destruirle y desaparecer el predio de los actores” (fls. 1-2, c. 1).

A título de indemnización se reclama, por concepto de perjuicios morales, el pago del equivalente en pesos, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes; por concepto de daños patrimoniales, se deprecó el pago, en favor de los accionantes, de los honorarios del profesional del derecho al cual se encomendó la tarea de promover el presente

pleito y el pago del equivalente a cuatro mil gramos de oro por concepto de “los daños materiales que le han causado, ya que los demandantes de este predio o establecimiento comercial sacaban el sustento de ellos y de sus familias, que en estos actuales momentos no lo han podido devengar, debido a la destrucción y taponamiento de la carretera vieja que va de Tolú a Coveñas” y, finalmente, “el lucro cesante que le ha causado éstos perjuicios que se tasan en dos mil gramos de oro fino para cada uno, que se determinarán mediante peritos expertos en la materia...” (fl. 2, c. 1).

1.2. Los hechos.

Los extensos presupuestos fácticos de la demanda, por las mismas razones antes anotadas, serán transcritos en sus principales apartes y no resumidos, a fin de no alterar, en sentido alguno, el relato efectuado por el apoderado de la parte actora:

“1. El señor ULISES JULIO FRANCO, es propietario poseedor durante más de 20 años de un globo de terreno en extensión aprox (sic) de 5 hectáreas, ubicada en el sector de Palo Blanco jurisdicción del municipio de Santiago de Tolú, con su frente Norte con la playa y el Mar Caribe y la carretera antigua de por medio que conduce de Tolú a Coveñas. A partir de julio de 1994 hasta la fecha a (sic) recibido los perjuicios más grandes por la destrucción total de la carretera vieja de Tolú a Coveñas.

2. El actor el señor ULISES JULIO FRANCO, construyó y financió con su peculio económico 10 cabañas, con servicio de paseo a los turistas a visitar las islas de San Bernardo, su establecimiento comercial se denomina VILLA YANETH. Como consecuencias de la construcción del muelle de TOLCEMENTO S.A., ubicado a 800 mts. de la propiedad y el continuo y permanente dragado a orillas de la playa con el objeto de ingresar barcos de alto calado, la carretera que conduce a el establecimiento desapareció lo que originó la ruina y la desolación de este sector turístico ...

3. La propiedad y posesión de mi poderdante señor ULISES JULIO FRANCO, se encuentra amparada legal y constitucionalmente por la ley 137 de 1959, art 7 que estableció que las propiedades ubicadas entre la carretera frente al mar que une a las mismas poblaciones son terrenos URBANOS TURÍSTICOS.

Que conforme a la calidad que le otorgó la ley a éstos predios en lo concerniente al turismo (DIMAR) DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA PORTUARIA, está en la obligación de actuar en forma inmediata, por grave y notaria (sic) negligencia no lo hizo; permitiendo de esta manera que se produjera el daño y la consiguiente destrucción de la carretera y parte del predio, trayendo como consecuencia perjuicios morales y materiales y por

lo consiguiente el lucro cesante, a una propiedad amparados en los derechos fundamentales de la Constitución Nacional.

4. En repetidas ocasiones y cada vez, en cualquier época y tiempo que no transcurre un intervalo de tiempo de cada tres (3) a seis (6) meses encaya (sic) un barco de TOLCEMENTO S.A., la mencionada compañía realiza dragados en forma profunda a lado y lado del barco a efecto de desencallarlos, lo que en forma irreversible originó que la extensa playa blanca de arena hubiese desaparecido en forma total, con la complacencia y la omisión de las autoridades competentes, como lo es (La Dimar) DIRECCIÓN GENERAL MARITIMA PORTUARIA, el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLÚ (Sucre) y la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, que no cumplieron su misión y función atribuida por el ordenamiento legal y constitucional; y no brindaron protección a los ciudadanos y a los actores (...) que ha hecho y han agotado todas las vías para que los oigan hasta el punto de presentar una acción de tutela y las autoridades a pesar que se le han requerido con la misma autoridad y con la sentencia, han hecho caso omiso a la solución del problema, causando así los daños que ya hemos enunciado...

5. El predio donde queda ubicado la propiedad de los actores, hace cinco (5) o más años tenían en todo el frente 80 a 100 mts de playa y palmas de coco, lo que como consecuencia del dragado continuo de los últimos años por parte de la empresa TOLCEMENTO S.A., fue desapareciendo la playa por el acoso continuo del mar.

Las entidades demandadas como lo es (La Dimar) DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA, la ALCALDIA DE SANTIAGO DE TOLU (Sucre), no debieron autorizar primero la construcción de ese muelle en el sector, que fue declarado un sector netamente turístico; segundo no se le debió otorgar permiso, licencia, ni autorización para que realizaran dragado en ese sector, que le han causado tanto a daño a los moradores de ese sector.

(La Dimar), la ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU (Sucre) y la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, debió autorizar y ordenar en forma inmediata la construcción de espolones, que al menos provisionalmente evitaran los daños que le han ocasionado no solamente a los actores; sino a toda una comunidad, teniendo en cuenta que dichas instituciones o entidades son las encargadas de proteger y conservar las playas y mares...

(...)

Señores Magistrados, observen que ésta Institución del orden nacional y adscrita al Ministerio de la Defensa [la DIMAR], se le comunicó tanto por el Juzgado segundo civil del circuito, como la Corte Constitucional que realizara estudios, trasara (sic) políticas para evitar que el mar siguiera causando daños a los ciudadanos y comunidad de Palo Blanco entre Tolú y Coveñas, y estos funcionarios de la Capitanía de Puertos no han realizado hasta estos actuales momentos las obras y los estudios

correspondientes, que le fueron ordenados en una decisión judicial, como lo es la acción de tutela, donde tutelaron el Derecho de la Propiedad al actor señor ULISES MANUEL JULIO FRANCO.

(...)

En cuanto consierne (sic) a las otras dos instituciones demandadas, su responsabilidad consiste también en la falla en la prestación del servicio en que han ocurrido (sic) como lo es el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLÚ (Sucre), ya que esta ALCALDIA es la encargada de suministrar los dineros y presupuesto para la ejecución de obras y así poder evitar que se siga viviendo con este gravísimo problema que viva la comunidad de Palo Blanco, la Perdiz, que es jurisdicción de este municipio (...) y es por ello que los habitantes de este sector se encuentran afectados por los daños que le han ocasionado el mar, como consecuencia de la negligencia y culpa de la primera autoridad del municipio (...) la justicia a través de una acción de tutela, que se instauró en el juzgado segundo civil del circuito de Sincelejo (Sucre) ordenó tutelar el derecho a la propiedad al señor ULISES JULIO FRANCO, por los hechos que hemos narrado aquí y ordenó que el municipio de Tolú la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, incluyeron en la vigencia presupuestal de 1994 1995, de ambos presupuestos partidas para realizar las obras que se requieren con carácter urgente para evitar que se siga presentando más daño a la comunidad de Palo Blanco, y al actor que se encuentra afectado ya en estos momentos, porque la Alcaldía, ni la Dimar, ni la Gobernación del Departamento de Sucre, no han tomado carta en el asunto a pesar de que es una orden judicial...

(...)

6. La posesión y propiedad del predio ubicado en Palo Blanco sector del municipio de Tolú, se encuentra acreditada mediante escritura pública N° 116 de fecha 4 de julio de 1972 de la notaría única del Circuito de Tolú (Sucre) debidamente inscrita en el círculo de Registro correspondiente bajo la matrícula inmobiliaria N° 1370 libro 2 tomo 2 folio 340 a 341 partida 379 con fecha julio 14 de 1972...(mayúsculas y subrayas en el texto original; fls. 3-8, c.1).

1.3. Contestación de la demanda y trámite en primera instancia.

La demanda fue contestada por el Ministerio de la Defensa Nacional, por el departamento de Sucre y por la Dirección General Marítima (DIMAR). El apoderado de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, al contestar la demanda (fls. 54-55, c. 1) manifestó su oposición a las pretensiones de la misma, por considerar que éstas carecen de fundamentos legales y de respaldo probatorio; de todas formas, señaló que, en caso de accederse al *petitum* de los accionantes, no debería resultar procedente una condena por concepto de perjuicios morales, comoquiera que éstos derivan del dolor propio de las relaciones afectivas entre personas, el cual resulta extraño a los vínculos existentes entre individuos y objetos materiales; finamente, propuso la excepción de "*falta de legitimación en la*

causa por la parte pasiva”, con fundamento en que la DIMAR es un organismo adscrito a la Armada Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por manera que el Ministerio de Defensa no se encuentra llamado a resistir las pretensiones formuladas en contra de aquella entidad.

El Departamento de Sucre, a su turno, al contestar la demanda igualmente se opuso a las pretensiones elevadas en ella, pues adujo que el predio que según los actores se habría visto afectado en el presente asunto, se encuentra ubicado en zona de playas marítimas, las cuales son bienes de uso público al tenor de lo normado por los artículos 674 y 679 del Código Civil —C.C.—; además, llevar a cabo tareas de control, vigilancia y seguridad en relación con tales áreas —indicó el apoderado de la citada entidad territorial— corresponde a la DIMAR, razón por la cual el Departamento carece de legitimación en la causa por pasiva dentro del *sub júdice* (fls. 60-64; c. 1).

La Dirección General Marítima (DIMAR), a través de apoderado, también contestó el libelo introductorio del proceso, negó la mayor parte de los hechos en él referidos, solicitó que se probaran los demás y se opuso a lo pretendido por los accionantes; señaló que la DIMAR no es la entidad encargada de ejecutar obras de protección de playas, pues solamente le compete elaborar proyectos de investigación con el fin de proponer el desarrollo de obras a los entes competentes para ejecutarlas tanto a nivel nacional como en sede de las entidades territoriales; agregó que la DIMAR, contrario a lo afirmado por la parte actora, sí dio cumplimiento a lo ordenado en fallo de tutela por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, providencia en la cual se ordenó a la referida entidad elaborar proyectos de recuperación de playas en el sector comprendido entre La Perdiz y Palo Blanco, pues el referido proyecto se realizó y fue presentado a la Alcaldía de Tolú y a la Gobernación de Sucre para que dispusieran las apropiaciones presupuestales necesarias a fin de ejecutar las correspondientes obras; copia de los estudios en mención se adjuntó a la aludida contestación de la demanda (fls. 68-71, c. 1).

Mediante auto calendado el 12 de septiembre de 1996 (fls. 175-178, c.1) se abrió a pruebas el proceso; vencido el período probatorio y tras declararse fallida la audiencia de conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de los apoderados del Ministerio de Defensa y del Departamento de Sucre (fls. 200-202,

c.1), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la primera instancia; en esta etapa procesal se pronunció solamente el apoderado de la DIMAR, quien insistió en su oposición a las pretensiones de la demanda y señaló que los accionantes construyeron unas cabañas con fines turísticos en un terreno de bajamar, a 800 metros del cual la firma Tolcementos S.A., obtuvo una concesión para la construcción de un muelle por parte de la DIMAR, mediante resolución cuya expedición estuvo precedida de la realización de los estudios técnicos de rigor que concluyeron que la mencionada obra civil no causaría impacto desfavorable alguno en los terrenos, en la fauna o en la flora y, por tanto, carece de fundamento lo expuesto por el accionante al imputar el daño que dice le fue irrogado, a la construcción de la obra por parte de la citada empresa, obra que, por el contrario, al penetrar en el mar, produce el efecto contrario al señalado por el actor, de suerte que las eventuales afectaciones a la playa simplemente son resultado de la acción de naturaleza.

Todo lo anterior —continúa el citado libelista— más allá de que los accionantes realizaron construcciones en los aludidos terrenos de baja mar sin autorización alguna de la DIMAR, desconociendo la naturaleza de bien de uso público de dichos bienes, respecto de los cuales el Estado sólo puede otorgar concesiones o permisos para su uso, los cuales nunca fueron solicitados por el señor Julio Franco y tal circunstancia determina la falta de legitimación en la causa por activa del demandante para instaurar el presente proceso (fls. 219-220, c. 1).

1.4. La sentencia apelada.

Tras efectuar un recuento de los hechos narrados en la demanda, del material probatorio allegado al expediente y con fundamento en el análisis del mismo, el *a quo* declaró imprósperas las pretensiones de los accionantes, con base en los argumentos que a continuación se relacionan:

a. En primer término, el Tribunal Administrativo de Sucre declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa propuestas tanto por el Ministerio de Defensa —por considerar que la DIMAR es una persona jurídica independiente del citado Ministerio— como por el Departamento de Sucre, con fundamento en que la de vigilancia y control de las playas es una función que corresponde desempeñar a la DIMAR y no a las otras dos entidades en cuestión.

b. En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de primera instancia consideró que, en primer término, resulta menester dilucidar si los accionantes cuentan con legitimación en la causa para, en segundo lugar, analizar si la DIMAR o el municipio de Tolú incurrieron en fallas en el servicio; en ese orden de ideas, el *a quo* señaló que las playas son bienes de uso público, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984 y por el artículo 674 del Código Civil, *“lo que significa que todos los que habitan en bajamar pueden hacer uso de esos terrenos, pero nunca aspirar a tener el dominio sobre ellos”*, no obstante lo cual, a renglón seguido, señala el Tribunal Administrativo de Sucre que

“... en el presente caso, y de acuerdo con lo arrimado en el proceso, estaría legitimada la causa por pasiva (sic), al hallarse dentro del expediente un fallo de tutela que ampara el derecho de propiedad, y aunque la prueba idónea de la propiedad es la escritura debidamente registrada, prueba ausente en el proceso, se encuentra aportado por la parte actora y visible a folio 30 del cuaderno principal la matrícula inmobiliaria N° 1420402, donde se especifica que a través de la resolución N° 1016 el INCORA adjudica un baldío, predio sobre el que pesa una servidumbre pasiva para la construcción de vías, acueducto, canales de riego o drenaje a Julio Franco, Ulises Manuel.

Para la Sala no hay duda sobre la diligencia de la DIMAR, en cumplir con las funciones asignadas, como primera autoridad marítima a nivel nacional, cuyo objetivo es el de ejecutar las políticas del gobierno nacional, de lo anterior dan cuenta los estudios adelantados para la recuperación de playas, y otros más que reposan en el cuaderno de pruebas visibles a folios 9 168.

Por otra parte el Tribunal es del criterio que en caso de existir un responsable por las pérdidas que la construcción del muelle y los continuos dragados hayan ocasionado los perjuicios señalados por los demandantes, no es el municipio de Santiago de Tolú ni la DIMAR quien a (sic) cumplir con autorizar labores de dragado mediante las resoluciones N° 779 de junio 28 de 1989 y 0022 de mayo 3 de 1991, se exonera de responsabilidad, por lo que se considera que, a quien habría que responsabilizar si a ello hubiere lugar, es a la sociedad Cales y Cementos de Toluviejo S.A. TOLCEMENTO, que es la empresa quien construye el muelle y hace los dragados, entidad que no fue demandada, y en caso de hacerlo no es en esta jurisdicción sino en la ordinaria, por lo que habrá que desestimar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de este proveído” (fls. 81-89, c. 4).

1.5. El recurso de apelación.

Inconforme con el pronunciamiento referido en el acápite anterior, apeló la parte actora con fundamento en similar exposición a la que efectuara en la demanda, de suerte que para solicitar la revocatoria del fallo impugnado adujo, nuevamente, que

“... la capitanía de puertos con sede en el corregimiento de Coveñas, institución ésta que está adscrita al Ministerio de la Defensa Nacional (...) le otorgó permiso sin ninguna clase de estudio oceanográfico a la empresa “Cales y Cemento Tolcemento S.A.” para que realizara unos continuos dragados en el sector de Palo Blanco (...) con estos continuos dragados hicieron que las aguas del mar Caribe hicieran desaparecer primero la playa, segundo la carretera antigua que conduce de Tolú a Coveñas que separaba la playa de los predios que quedan en tierra firme de propiedad del señor ULICES (sic) JULIO FRANCO, en el sector denominado Palo Blanco ...

(...)

La otra institución que fue demandada en este mismo proceso es la DIMAR, institución ésta encargada de vigilar y conservar las playas, y que tiene que ver todo lo relacionado con el turismo esta es una institución del estado que permitió también con la conducta omisiva de sus funcionarios que la empresa Tolcemento S.A. hiciera los continuos dragados en el muelle permitiendo que se destruyera la playa en el sector de Palo Blanco en el corregimiento de Coveñas (...) y al ver que el estado colombiano no asía (sic) nada por evitar estos perjuicios es que se toma la determinación de demandar a esta institución que solidariamente responsable que le han ocasionado a los habitantes del sector de Palo Blanco...” (fls. 241-243, c. 3).

1.6. Trámite de la segunda instancia.

El recurso de apelación fue concedido mediante providencia calendada el 15 de octubre de 1999 (fl. 245, c. 3) y admitido a través de auto de fecha 24 de febrero de 2000 (fl. 251, *ídem*). Corrido traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia mediante proveído fechado el 24 de marzo de 2000 (fl. 253, *ibídem*), se pronunció solamente el Ministerio Público (fls. 256-262, c. 3) para solicitar la confirmación del fallo atacado y que se denieguen las pretensiones de la demanda.

Fundamentó el anterior pedimento la Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación, en que, a su entender, más allá de lo confuso y desordenado de la narración de los hechos de la demanda —circunstancia que impide identificar las razones en las cuales el apoderado de los actores finca las pretensiones

indemnizatorias, esto es, si los perjuicios se originan en los dragados, en la autorización administrativa otorgada a Colcementos S.A., en la falta de obras tendientes al restablecimiento de la carretera o a la construcción de espolones, en la falta de conservación de la playa, en la falta de realización de las apropiaciones correspondientes en el presupuesto municipal, en el incumplimiento del fallo de la acción de tutela o en el acoso del mar, así como también resulta imposible dilucidar cuál es concretamente la acción u omisión que atribuye a cada una de las entidades demandadas—, no resulta viable adentrarse en el fondo del asunto toda vez que no existe legitimación en la causa por activa.

A juicio de la Vista Fiscal el señor Ulises Julio aduce su condición de propietario de un predio aledaño al mar para reclamar la indemnización de los perjuicios que le habría generado la modificación de las condiciones ambientales y para acreditar la aludida condición solamente allegó un folio de matrícula inmobiliaria en el cual consta que los linderos del inmueble se encuentran detallados en la resolución del Incora número 1016 del 30 de junio de 1989, acto administrativo éste que no fue aportado al expediente por quien tenía la carga procesal de hacerlo, de suerte que el predio no está claramente identificado y se desconoce si el mismo era susceptible de apropiación particular o, por el contrario, se trata de un bien de uso público.

Ahora bien, en criterio del Ministerio Público aunque se interprete de forma benévola el escrito introductorio del proceso y se admitiere que el señor Ulises Julio Franco únicamente ostentaba la posesión del bien, tampoco tendrían vocación de prosperidad sus pretensiones comoquiera que el daño se habría producido en un establecimiento comercial respecto del cual no se acreditó que se tratase de un negocio amparado por las disposiciones locales y, al contrario, obra en el plenario una certificación que da cuenta de que el mencionado negocio no pagaba los impuestos establecidos para la actividad a la cual se afirma que se dedicaba; así pues, para la Procuraduría Delegada no está probado el daño, pues no se demostró la existencia de un establecimiento comercial en el lugar y menos aún que del mismo se derivara un ingreso para los actores.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1. Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre dentro del presente proceso, bastará con abordar el problema jurídico consistente en dilucidar si las personas que integran el extremo activo de la presente litis cuentan, o no, con legitimación en la causa para promoverla y obtener un pronunciamiento de fondo favorable a sus pretensiones, problema jurídico éste cuya resolución, asimismo, tiene incidencia en la acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el cual fundamentan los demandantes sus pedimentos indemnizatorios, esto es, en el de la falla del servicio que atribuyen a las entidades accionadas.

2.2. La legitimación en la causa.

Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado¹.

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa². La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente

demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas³. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)⁴.

Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma

No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁵.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁶. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque

«La legitimación *ad causam* material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»⁷.

En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el *petitum* de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de

“... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”⁸.

2.3. El caudal probatorio obrante en el expediente. Las reglas de la carga de la prueba y su aplicación al asunto *sub exámine*.

2.3.1. El caudal probatorio recaudado en el plenario.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el

los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1° de marzo de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, expediente No. 13764.

propósito de dilucidar si los accionantes cuentan, o no, con legitimación en la causa para obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones enderezadas a que se declare la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas y se indemnicen los perjuicios cuya causación se alega en el libelo introductorio de la litis:

a. Copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria número 340-0032.724, expedida el 16 de febrero de 1995, en la cual consta que el folio en mención fue abierto el día 30 de junio de 1989, con fundamento en una resolución de adjudicación y que corresponde a un inmueble denominado Villa Yaneth, ubicado en la vereda Palo Blanco, municipio de Tolú, departamento de Sucre, en relación con cuya cabida y linderos se expresa lo siguiente:

“Un predio ubicado en el sector Palo Blanco del municipio de Tolú, constante de 5 hectáreas y 7.542 metros cuadrados, cuyos linderos y medidas se encuentran detallados en la Resolución del Incora N° 1016 de 30-06-89, del Instituto Colombiano de la reforma Agraria-Sincelejo” (fl. 30, c. 1).

b. Testimonios rendidos dentro del presente proceso por los señores Rafael Romero Barreto, Wilfrido Tobío Villalba y Julio Alejandro Bustamante Cavallo, quienes coinciden en señalar que el señor Ulises Manuel Julio Franco había construido unas cabañas en la vereda Palo Blanco, en proximidades a la playa y al muelle de la empresa Tolcemento S.A., sitio en el cual éste último regentaba un negocio turístico del cual derivaba su sustento y el de su familia hasta el momento en el cual el mar ocupó la zona a lo largo de la cual discurría una carretera que daba acceso al lugar (fls. 301-308, c. 2).

c. Aunque no guarda directa relación con el problema jurídico relativo a la legitimación en la causa de los accionantes, sí resulta de interés a efecto de examinar los elementos del régimen de responsabilidad invocado por la parte actora como aplicable al *sub judice* —la falla en el servicio—, referir parte del contenido del “*Estudio oceanográfico de la franja litoral del Caribe colombiano (Golfo de Morrosquillo) sector La Perdiz - Puerto Viejo (Playas de Palo Blanco)*”, elaborado por la DIMAR y aportado por dicha entidad al expediente como anexo a

la contestación de la demanda presentada por dicha entidad⁹, documento técnico en el cual se hace constar lo siguiente:

“1.1.1 Antecedentes particulares del presente estudio:

El veintiocho de julio de 1993, el Juzgado 2 Civil del Circuito de Sincelejo, como resultado de una acción de tutela interpuesta por Ulises Manuel Julio Franco identificado con cédula de ciudadanía número 3'995.531 de Sincelejo, ordena a la autoridad pública, Dirección General Marítima, DIMAR, elaborar los proyectos de recuperación de las playas en el sector comprendido especialmente entre la Perdiz y Puerto Viejo en las playas de Palo Blanco.

(...)

3.3 CONCLUSIONES:

En resumen, simplificando los resultados obtenidos, se puede decir lo siguiente:

- Existen dos ejes principales de transporte de las arenas en el Golfo de Morrosquillo: uno desde Punto San Bernardo hacia la Boca del Francés, el otro desde la bahía de Cispatá, hacia Tolú.
- Estos dos ejes fomentan tránsitos litorales entre Puerto Viejo y la boca Palo Blanco por una parte, y entre Berruga y la boca Guacamaya por otra.
- El río Sinú ha dejado de alimentar el litoral sur del Golfo.
- Por la falta de alimentación del río Sinú hacia el Este, el tránsito de arenas medianas gruesas en el Sur del Golfo es prácticamente nulo, y únicamente una parte de las arenas finas alcanzan Tolú.
- El tránsito litoral es casi nulo entre la boca Palo Blanco y la boca del Francés, sector que comprende los extremos del tránsito litoral desde el Norte y desde el sur, es decir, el sector más alejado de cada acarreo (norte y sur).
- Hay sedimentación por profundidades medias (5 hasta 10 brazas) con perjuicio para las playas aledañas a Tolú, sector localizado sobre el eje central este-oeste del Golfo.
- Lo anterior ha causado una erosión paulatina del sector sur del golfo tanto en su fondo como en la línea de costa al sur de Tolú.
- El sector comprendido entre La Perdiz y Puerto Viejo, es inestable y erosivo, presentando su mayor inestabilidad y erosión en el tramo Tolcementos-Boca de Palo Blanco debido en general al déficit de arenas a transportar por parte de la deriva litoral, y a la falta de cualquier obra de protección importante en particular (ver anexo D pagina 11D).
- El tramo impermeable del muelle de Tolcementos ha protegido las playas situadas al Norte del mismo (ver anexo “D”, numeral 3), de la erosión causada por la deriva litoral de dirección Norte, la cual siendo deficiente de arenas que transportar desde el sur, arrastra paulatinamente las arenas de la playa, fenómeno observado en todo el sector al sur de Tolú, población de referencia por estar localizada en todo el eje este-oeste del Golfo.

⁹ Del mencionado documento se corrió traslado a la parte demandante mediante providencia de fecha 12 de septiembre de 1996 (folios 175-178, c.1), sin que los accionantes efectuaran manifestación alguna en relación con el referido elemento probatorio.

4. RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCION Y RECUPERACION DE LA PLAYA (SECTOR LA PERDIZ-PUERTO VIEJO)

Por lo que hemos visto, el sector está siendo paulatinamente erosionado, de modo que se han examinado dos soluciones caracterizadas por planos de “rentabilidad” muy diferentes: el restablecimiento del antiguo cauce del río Sinú por una parte, y la recuperación y protección de la playa del sector estudiado por otra.

4.1. RESTABLECIMIENTO DEL ANTIGUO CAUCE DEL RIO SINU

En realidad esta solución es mencionada a título de indicación.

(...)

4.2. RECUPERACION DE LA PLAYA DEL SECTOR LA PERDIZ PUERTO VIEJO.

Las obras por diseñar deben satisfacer el objetivo principal de recuperar la playa en la zona.

Dificultades del problema:

Hemos visto que la ubicación particular del sector estudiado (La Perdiz-Puerto Viejo), en el eje central del Golfo de Morrosquillo no es muy favorable a la formación de playa.

Solución Propuesta:

Se ha adoptado un diseño de espolones en forma de T, siendo las siguientes las ventajas de esta solución:

-La parte llamada acceso (generalmente perpendicular a la costa) desempeña un papel idéntico al de un espolón clásico, y permite así mismo la sedimentación de los aportes litorales, que logren llegar al sector.

(...)

A pesar de estas ventajas, subsiste la incógnita de saber el tiempo necesario para que se forme una playa en cada alvéolo. La figura 54 muestra este tipo de espolones al sur de la boca de la Caimanera. Se observa cómo detrás de la T se deposita arena formándose una playa perpendicular a la antigua línea de costa. Sin embargo, se debe colocar un piedraplen al frente de la abertura entre dos espolones continuos, puesto que allí se concentra la energía del oleaje difractado.

La escasez de aportes sólidos puede conducir a un funcionamiento no satisfactorio de las obras” (subraya la Sala; fls. 75 - 100, c. 1).

júdice.

2.3.2. Las reglas de la carga de la prueba y su aplicación al sub

La noción de *carga* ha sido definida como “*una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto*”¹⁰. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.

En ese orden de ideas, el *concepto de carga de la prueba* se convierte en **(i)** una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, **(ii)** en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

¹⁰ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.

Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las *reglas de la carga de la prueba* se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico¹¹. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»¹²; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta¹³, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «*non liquet*» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues

“[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el

¹¹ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.968, p. 312.

¹² MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 48-49.

¹³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I., cit., p. 318.

Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición *sine qua non* de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: “sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza”¹⁴.

El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la remisión que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa al de Procedimiento Civil, es el artículo 177 de este último Estatuto, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “*incumbit probatio qui dicit non qui negat*”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su *onus probandi*, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su *causa petendi*; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia

¹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2.002, pp. 429-430.

probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses.

Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el *thema probandum* del proceso —es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la *necesidad* de su demostración—, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la *carga* de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandada.

Descendiendo al caso concreto, no ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado la reparación de los daños antijurídicos cuya causación imputa a la acción o a la omisión de una autoridad pública y, con tal propósito, ejerce la acción de reparación directa, tiene la carga de acreditar, en el proceso, la concurrencia de los elementos inherentes al régimen de responsabilidad en el cual ampara sus pretensiones, esto es, si se trata, como en el *sub júdice*, de un régimen de falla en el servicio, deberá demostrar, además del daño, el hecho dañoso de que se trate, así como el nexo de causalidad entre aquél y éste y que el servicio o la función a la cual se refiere, no funcionó, funcionó mal o lo hizo tardíamente, pues en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la mencionada falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de **(i)** un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; **(ii)** una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias, en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y **(iii)** una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir,

que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía.

Así, por ejemplo, se ha sostenido:

«Observa la Sala que las acusaciones realizadas en la demanda versan sobre la existencia de unos supuestos perjuicios ocasionados por presuntas conductas culposas, negligentes e irregulares cometidas por las entidades demandadas en el proceso de liquidación de la sociedad intervenida, es decir, que el título de imputación elegido por el grupo actor corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación Estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración.

Así las cosas, no debe perderse de vista que para la prosperidad de la acción de grupo y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, deben estar acreditados con las pruebas que obran en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual por falla del servicio a saber: i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado, que afecta de forma individual a una pluralidad de sujetos; ii) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y iii) la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.¹⁵

Por lo demás, como criterio de identificación para la determinación de la falla del servicio, en forma constante la jurisprudencia ha dicho que, por regla general, *“...las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar...”*¹⁶¹⁷ (cursivas en el texto original).

¹⁵ Nota original de la sentencia citada: *“La responsabilidad patrimonial por falla del servicio, como se ha manifestado por la Corporación de tiempo atrás, se configura por los siguientes elementos: “a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración; “b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano; “c) Un daño que, implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con - las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.; “d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango.

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de junio de 1990, Exp. 3510, C.P. Antonio J. Irisarri Restrepo. En igual sentido, Sentencia de 27 de abril de 1989, Exp. 4992.

Así las cosas, en el presente caso la parte actora tenía la carga de acreditar, en primer término, el daño que le fue irrogado; a tal efecto, teniendo en cuenta que el accionante invocó la condición de propietario del predio que se vio afectado por la irrupción de las aguas debido a la alegada omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas, debía demostrar tal calidad de la manera que lo exige el ordenamiento jurídico, vale decir, tomando en consideración que la propiedad o la realización de cualquier negocio jurídico que afecte un derecho real respecto de un bien inmueble *solamente* puede probarse con la acreditación tanto del título (contrato o el que haga sus veces, en el presente caso, la resolución administrativa que dio lugar a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria aportado con la demanda y referido en apartado precedente) como del modo (tradicón tabular) del cual se deriva la calidad de propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera; las normas que expresamente establecen una tarifa legal de prueba en esta materia — artículos 43 y 44 del Decreto-ley 1250 de 1970¹⁷— excluyen la posibilidad de que

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis de abril (16) de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

¹⁸ El tenor literal de los preceptos que se referirán a continuación, todos integrados dentro del aludido Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8 de 1969, es suficientemente ilustrativo en esta materia:

“ARTICULO 1o. El registro de instrumentos públicos es un servicio del Estado, que se prestará por funcionarios públicos, en la forma aquí establecida, y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

ARTICULO 2o. Están sujetos a registro:

1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario.

2. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres, salvo la cesión del crédito prendario.

3. Los contratos de prenda agraria o industrial.

4. Los actos, contratos y providencias que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones”.

“ARTICULO 3o. El registro de los documentos referentes a inmuebles se verificará en la oficina de su ubicación; el de los automotores, en la de su matrícula. Los contratos de prenda agraria o industrial se inscribirán con referencia al inmueble a que están destinados o en que se hallen radicados los bienes objeto del gravamen”.

las anteriores circunstancias puedan acreditarse mediante la sola aportación de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o la del sólo certificado de registro, asunto en relación con el cual ha sostenido esta Sala:

“Una de las principales discusiones acerca de la adquisición de los derechos reales en la actualidad se centra en identificar un sistema de disposición de la riqueza patrimonial que consiga el mejor equilibrio posible entre máximas agilidad y facilidad para la circulación de bienes en el tráfico jurídico de un lado y, de otro, mínimo detrimento de la seguridad jurídica. En ese orden de ideas, tratándose de bienes muebles impera el principio por virtud del cual la posesión de los mismos supone el dominio y los meros convenios consensuales determinan la titularidad del derecho real; por el contrario, tratándose de inmuebles —y de algunos bienes muebles, como los automotores, en relación con los cuales existe un evidente paralelismo en torno a su regulación respecto de la propia de la finca raíz—, opera la institución del registro, por manera que los solos actos o negocios jurídicos de origen — título— no tienen la virtualidad de crear o transmitir la titularidad — modo—; lo cierto es que las diferentes legislaciones se decantan por soluciones disímiles en esta última materia, de suerte que es posible encontrar desde las que consagran que el sólo título es suficiente para que el derecho ingrese en el patrimonio de su titular —como en Francia y parte de Italia—, pasando por las que establecen que lo necesario a tal efecto es el modo —al estilo alemán—, hasta llegar a sistemas en los cuales se precisa de la concurrencia del título y del modo para engendrar el derecho real —caso de países como Austria, Holanda, Suiza y Colombia—¹⁹.

(...)

El anterior marco referencial permite comprender y ubicar de mejor manera la naturaleza y los alcances del sistema registral colombiano en cuanto hace a la propiedad raíz y a los vehículos automotores, dos categorías de bienes entre las cuales el paralelismo en su regulación no puede ser más claro y evidente a partir del momento en el cual se produce en nuestro país el gran proceso de modernización en materia de registro público, proceso que arranca con la introducción de una profunda reforma normativa, marcadamente influida por las tendencias alemana y suiza a las cuales se ha hecho alusión en precedencia, según lo ponen de presente los antecedentes legislativos de la Ley 8 de

Sin embargo, las disposiciones que de manera más clara, dentro del cuerpo normativo en cuestión —Decreto-ley 1250 de 1970— explicitan cuáles son los alcances, desde el punto de vista probatorio y de eficacia de los negocios jurídicos que afecten la propiedad o cualquier derecho real sobre bienes sujetos a registro—los relacionados en el artículo 2 que se acaba de citar—, de la inscripción o registro correspondiente, son los artículos 43 y 44 *ibídem*:

“Artículo 43. Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.

Artículo 44. Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél”.

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*, décima edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2006, pp. 293-294.

1969, “[P]or la cual se conceden al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de Notariado, Registro de Instrumentos, Catastro, Registro del Estado Civil de las personas y de constitución, transmisión y registro de derechos reales y trabas sobre vehículos automotores...”²⁰.

Resulta evidente que la comentada carga probatoria no ha sido satisfecha por la parte actora dentro del presente proceso, pues la sola aportación de la copia del folio de matrícula inmobiliaria antes aludida no basta para acreditar la condición de propietario del predio respecto del cual, según se afirma en la demanda, se concretó el daño cuya reparación se reclama en el *sub lite*, pues dicha certificación da cuenta apenas del modo de transmisión del dominio, más no del título respectivo, título que, en este caso, reviste aún mayor trascendencia —si cabe—, pues es la resolución 1016 del 30 de junio de 1989, proferida por el INCORA y con base en la cual se abrió el tantas veces mencionado folio de matrícula inmobiliaria, el documento que permite identificar cabalmente el inmueble, toda vez que allí se incluyen su cabida y linderos, de suerte que sólo el título en mención habría permitido establecer que el citado folio de matrícula corresponde al predio al cual se hace referencia tanto en la demanda, como en los testimonios rendidos dentro del proceso e igualmente traídos a colación en precedencia.

La plena identificación del predio, la certeza en punto de su ubicación, de sus límites y de sus linderos, además de lo anterior, resulta trascendental en el *sub judice* comoquiera que el propio extremo activo de la litis reconoce que el supuestamente afectado se trata de un lugar contiguo al mar, luego resulta insoslayable constatar que no se ha transgredido por el accionante alguna de las disposiciones que regulan la naturaleza jurídica, el destino y las limitaciones que en cuanto a su utilización establece el ordenamiento jurídico para las playas, en tanto que bienes de uso público, pues bien sabido es que para que resulte admisible la existencia de daño reparable, éste debe provenir de la lesión a una situación lícita, comoquiera que

“... el Derecho no está para amparar la ilicitud, por mucho que ella represente algún valor para quien pierde una situación existente aunque ilícita. Aún cuando la responsabilidad civil debe conducir a reparar “todo daño”, ha de entenderse: todo daño proveniente de una situación lícita. Si en otras materias, como la teoría de la

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del FECHA; Radicación No.: 250002326000-1996-01798-01; Expediente No. 16.837.

causa, la regla positiva exige la conformidad del móvil con la ley, las buenas costumbres y el orden público, el mismo principio ha de extenderse al ámbito de la responsabilidad, admitiéndose únicamente la protección de las situaciones lícitas”²¹.

Y es que en el ordenamiento jurídico colombiano no hay lugar a la menor hesitación en el sentido de que las playas marinas son de propiedad del Estado, razón por la cual cualquier construcción en ellas debe tener un permiso especial que nunca confiere propiedad, según lo establece el artículo 679 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 679. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión”.

Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984, las playas marinas son de uso público, inenajenables, imprescriptibles e inembargables, por manera que su uso no confiere derechos al usuario, distintos a los limitados que consten expresamente en la concesión o permiso respectivo:

“Decreto 2324 de 1984. Artículo 166. “Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo”.

Por su parte, el artículo 167 del mismo cuerpo normativo que se viene de referir —Decreto 2324 de 1984— define las nociones de costa nacional, playa marítima, bajamar, entre otras, previamente aludidas en el presente pronunciamiento:

“Artículo 167. Definiciones. Para todos los efectos legales se entenderá por:

1. Costa nacional: Una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea.

²¹ DIEZ SCWERTER, José Luis, *El daño extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 48-49.

2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica, o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.

3. Bajamar: La máxima depresión de las aguas o altura mínima.

4. Terrenos de bajamar: Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja.

5. Acantilado: El área localizada en la zona de costa adyacente al mar, desprovista de vegetación y con pendientes fluctuantes entre los 45o. y 90o. con altura variable”.

En relación con el mismo extremo en comento, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“7. Las playas marítimas son bienes de uso público no susceptibles de apropiación por particulares (arts. 63 Dcto. L. 2324/84 y 166 C.P.). En este sentido, es ilícita la conducta de cualquier persona tendiente a apropiarse de porciones de playa mediante su cercamiento o prohibición de acceso”²².

La ley 9ª. de 1989, a su turno, estableció que las playas deben ser consideradas parte del espacio público:

Ley 9ª. De 1989. Artículo 5. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales y , en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea

²² Corte Constitucional. Sentencia T-605 del 14 de diciembre de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo” (énfasis añadido).

Otras disposiciones establecen que las playas no pueden ser adjudicadas en forma permanente, sino para efectos relacionados con la navegación; que toda ocupación de las playas, sea permanente (para la navegación) o transitoria, requiere del trámite de los permisos correspondientes, ante las autoridades ambientales y que las únicas ocupaciones de las playas que no requieren de permisos son las relacionadas con la pesca de subsistencia y los usos domésticos:

“Decreto 2811 de 1974. Artículo 104. La ocupación permanente de playas sólo se permitirá para efectos de navegación. La transitoria requerirá permiso, exceptuada la que se verifique para pesca de subsistencia”.

“Decreto 1541 de 1978. Artículo 104. La construcción de obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua requiere autorización, que se otorgará en las condiciones que establezca el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –INDERENA-“.

“Artículo 106. La ocupación transitoria de playas para pesca de subsistencia no requiere permiso. El tránsito y ocupación de playas y riberas para hacer usos domésticos del agua se rige por los artículos 32 a 35 de este decreto”.

Bien merece la pena destacar que carece de todo fundamento la afirmación efectuada en la demanda y referida en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, en el sentido de que

“La propiedad y posesión de mi poderdante señor ULISES JULIO FRANCO, se encuentra amparada legal y constitucionalmente por la ley 137 de 1959, art 7 que estableció que las propiedades ubicadas entre la carretera frente al mar que une a las mismas poblaciones son terrenos URBANOS TURÍSTICOS”.

Ello por cuanto el referido cuerpo normativo ninguna relación guarda con lo afirmado por el apoderado de la parte actora en el aparte transcrito del libelo introductorio del proceso:

“Ley 137 de 1959
(Diciembre 24)

Por el cual se ceden derechos de la Nación al Municipio de Tocaima, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º: Se presume que no han salido del patrimonio nacional y que son de propiedad del Estado, los terrenos que constituyen la zona urbana del municipio de Tocaima, en el Departamento de Cundinamarca, comprendidos dentro de la línea establecida al efecto por el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” y que se describe a continuación...

Artículo 3º: Cédese a favor del municipio de Tocaima la propiedad de los terrenos a que se refiere el artículo 1º, a condición de que éste proceda a transferir a los propietarios de mejoras el dominio de los respectivos solares a título de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 7º: Cédense a los respectivos Municipios los terrenos urbanos, de cualquier población del país que se encuentren en idéntica situación jurídica a los de Tocaima, y para su adquisición por los particulares se les aplicará el mismo tratamiento de la presente Ley” (énfasis añadido).

Todo lo expuesto pone de presente la trascendencia que reviste, en el presente asunto, contar con absoluta claridad en punto de la identificación del predio cuya afectación se alega por los accionantes, identificación que en manera alguna está demostrada a través de pruebas idóneas al efecto; ello conduce a concluir que la parte actora no acreditó la condición que invocó en la demanda para formular las pretensiones que en ella se incluyen y, consecuentemente, que no demostró tener legitimación en la causa, presupuesto necesario, según se explicó, para proferir sentencia de mérito favorable a las anotadas pretensiones; o, desde otra perspectiva, no se ha demostrado la ocurrencia del daño cuya reparación se depreca, de suerte que se echa en falta dicho elemento indefectible a efecto de estructurar una declaratoria de responsabilidad patrimonial en contra de los demandados.

Finalmente, si bien los anteriores argumentos resultan de suyo suficientes a fin de sustentar la denegación de las súplicas de la demanda, no quiere la Sala dejar de anotar que aún admitiendo —que por las razones expuestas, no se admite— que el actor cuenta con legitimación en la causa dentro del presente litigio y que podría evidenciarse el acaecimiento de un daño, existe prueba suficiente en el plenario para concluir que, además, se echa en falta otro de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, cual es el de la causalidad —o el tradicionalmente denominado *nexo causal* entre la acción o la omisión que se endilga a la entidad demandada y el daño ocasionado—, aunque, como lo ha precisado esta Sala, el examen de la causalidad tratándose de eventos —como el

sub judice— en los cuales se pretende imputar el daño a una omisión de las accionadas, es un juicio “meramente hipotético” de causalidad —pues realmente se trata de un asunto de imputación— consistente en suprimir, en el curso causal respectivo, la omisión de la cual se trate, es decir, en añadir la acción que se echa en falta, para establecer si ésta tendría la virtualidad de impedir la producción del daño²³.

²³ “Si se tiene en cuenta que la comprensión mayoritaria —aunque deba darse cuenta de la existencia de pareceres discrepantes— niega que las omisiones puedan ser causa, en un sentido estrictamente naturalístico u ontológico, de un resultado, como lo han señalado, por vía de ejemplo, MIR PUIG y JESCHECK, de la siguiente manera: “*resulta imposible sostener que un resultado **positivo** pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro **no hacer (ex nihilo nihil fit)***” (énfasis en el texto original), sostiene aquél; “*La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (“ex nihilo nihil fit)”*”, afirma éste. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 318 y JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 852, *apud* MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., pp. 241-242.

Sin embargo, la tantas veces aludida distinción categorial entre causalidad e imputación permite explicar, precisamente, de forma mucho más coherente que si no se parte de la anotada diferenciación, la naturaleza del razonamiento que está llamado a efectuar el Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le llama a dilucidar si la responsabilidad del Estado debe quedar comprometida como secuela no ya de una actuación positiva, sino como consecuencia de una omisión de la entidad demandada, pues aunque se admita que dicha conducta omisiva fenomenológicamente no puede dar lugar a la producción de un resultado positivo —de un daño—, ello no significa, automáticamente, que no pueda generar responsabilidad extracontractual que deba ser asumida por el omitente. ***Pero esa cuestión constituirá un asunto no de causalidad, sino de imputación.***

Y es que en los eventos en los cuales la conducta examinada es una acción, para que proceda la declaratoria de responsabilidad resulta menester que exista relación de causalidad entre ella y el resultado, lo cual no es suficiente porque debe añadirse que éste sea *jurídicamente atribuible o imputable* a aquélla; pero, como señala MIR PUIGPELAT,

*“... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el **deber jurídico de evitar el resultado lesivo**, poseyendo la acción —debida— omitida **capacidad para evitarlo**. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en **posición de garante** de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., pp. 242-244”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Radicación No.: 050012326000-1995-01203-01; Expediente No. 17145.*

Pues bien, más allá de que, según igualmente antes se indicó en el presente pronunciamiento y asimismo lo destacó en su intervención el Ministerio Público, no queda claro cuál es, en criterio del demandante, la fuente del daño, lo cierto es que algunos de los factores o elementos a los que insistentemente se atribuye la condición de *causa* de la producción de los daños cuya reparación aquí se reclama, cuales son la actividad de dragado desplegada por la empresa Tolcemento S.A., de un lado y la falta de construcción de espolones, de otro, difícilmente pueden ser catalogados como tales a la luz del estudio técnico elaborado por la DIMAR y no objetado por los demandantes, en el cual se concluye que el muelle de la referida empresa, al contrario de lo sostenido por la parte actora, protege la zona de playa que se dice afectada y que no existe certeza en punto de que la construcción de espolones garantizaría la preservación de la playa en comento, dado que son mucho más complejas y diversas las causas del fenómeno que ha afectado al litoral a nivel de la vereda Palo Blanco.

Falta de legitimación en la causa, falta de prueba del daño y falta de prueba de la causalidad, son elementos más que suficientes para confirmar el fallo apelado en cuanto a la denegación de las pretensiones de los accionantes, pero por las razones expuestas en el presente proveído, según se reflejará en la parte resolutive del mismo; comparte la Sala, entonces, el criterio de la Vista Fiscal en la segunda instancia dentro del presente proceso y considera que la parte actora no sustentó probatoriamente sus alegaciones, no satisfizo el *onus probandi* que sobre ella recaía en orden a demostrar los elementos necesarios para estructurar la declaratoria de responsabilidad del Estado por la falla del servicio alegada en la demanda; el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba a las cuales se hizo alusión, llevan a la Sala a atribuir las consecuencias desfavorables de la insuficiencia de su actividad probatoria a la parte actora.

2.5. Costas.

Habida cuenta de que para el momento en el cual se profiere este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

Primero: Revócase el numeral 1° de la sentencia apelada, esto es, de la proferida el 15 de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de Sucre y, en su lugar, **declárase** la falta de legitimación en la causa por activa de los accionantes.

Segundo: Confírmase, pero con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído, el numeral 2 de la sentencia apelada, esto es, de la proferida el 15 de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Elementos / CAUSALIDAD - Naturaleza / DAÑO - Naturaleza / DAÑO ANTIJURIDICO - Principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado

La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexos causales y, en algunos casos, iv) imputación. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico. Según la disposición lógico - normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto - DAÑO-. Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese continuum, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido. Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, "...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho". La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, 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 y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720)

Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 4 de febrero de 2010 del año en curso, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva del proveído en cuestión.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, se confirmó la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Sucre en la que se negaron las súplicas de la demanda.

En lo que concierne a los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, citando jurisprudencia de la Sala, se consignó lo siguiente:

“... la jurisprudencia de esta corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado –o determinable-, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias, en las cuales se especifique el contenido obligatorio que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía” (folios 27 y 28 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de las afirmaciones transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación.

2.2. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

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

“(...)” (negritas fuera del texto original).

2.3. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena destacar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre

la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo;²⁴ y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)²⁵. Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.

Así las cosas, según la disposición lógico - normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto - DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

“... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un **continuum**. “Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los opongamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como **la** causa y **el** efecto que se imputa a

²⁴ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

²⁵ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62

esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución”²⁶

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido:

“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es 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 objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”²⁷

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

²⁶ Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.

²⁷ Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores²⁸, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que “... **es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...**”, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”²⁹ (Negrilla fuera de texto)

Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, “...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho³⁰”

²⁸ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

²⁹ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

³⁰ “27. HAYEK señala a este propósito que solo así “la regla de no perjudicar a otro cobra algún sentido para un grupo de hombres que tienen el derecho a perseguir cada uno sus propios objetivos”; de otra forma, si todas las personas tuviesen que atenerse continuamente a lo que los otros esperan o presuponen de su comportamiento, “el resultado sería, en breve plazo, el descalabro del orden” (cfr. Hayek, F.A.: Droit, legislation et liberté, Paris, 1981, t. I, pp. 122 y 124,

La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En efecto, la doctrina sostiene:

“Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil”³¹.

2.4. La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

“(…) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

“La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

respectivamente). Vid., en el mismo sentido, CARNEIRO DA FRADA, M. A.: Contrato e deveres de proteccao, Coimbra, 1994, p. 130”. Citado en Busto Iago, José Manuel. La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos S.A. Madrid. 1998. pag 45.

³¹ Busto Iago, José Manuel. Ob cit. Pag 50.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”³²

2.5. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 *ibídem*, 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 y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

Más aun, dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones³³, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*³⁴, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la “calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa” (subrayas en el original)³⁵.

³² Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

³³ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

³⁴ Sentencia C-533 de 1996.

³⁵ Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: *“No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **“daño antijurídico”**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar”* (negritas fuera del texto original).

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del **daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal** armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración³⁶. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)³⁷, y en la garantía integral del patrimonio de los

³⁶ Sentencia C-333 de 1996.

³⁷ Esta Corporación, en Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resaltó la armonía existente entre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 de la Carta y el Estado Social de Derecho: *"Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no*

ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución³⁸. (Negrilla fuera del texto)

“El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”*³⁹. (Negrilla fuera del texto)

“La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

“(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber

todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

³⁸ Sentencia C-832 de 2001.

³⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

jurídico de soportar.” (negritas y subrayado fuera del texto original)⁴⁰

“Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.**”⁴¹

Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

2.6. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener

⁴⁰ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel –daño antijurídico, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política⁴².

Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo⁴³, lo que explica precisamente la

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴³ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios

posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*.

Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.

En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”⁴⁴, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.⁴⁵

normativos o jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

⁴⁴ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

⁴⁵ Kelsen – Cossio. Obra cit pag. 22.

Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

2.7. Aunado a lo anterior, debe precisarse que el anterior entendimiento ha sido avalado por la jurisprudencia extranjera, específicamente la española, la cual, partiendo de similares contenidos normativos a los existentes en nuestro país, ha explicado los elementos de la responsabilidad en los siguientes términos:

“(…) Segundo: La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en 1954 dentro de la *Ley de Expropiación Forzosa (art. 121)* y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y 106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor «justicia», uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el *art. 1.º de la misma Constitución* .

“En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio, en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente. En este caso, no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción. Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho.

“En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, entre el acto dañoso y la Administración que es su autora, y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas...”

“(...)”⁴⁶ (cursivas del original - negrillas adicionales).

2.8. Al margen de todas las consideraciones sobre la materia, y que se han expuesto, en relación con los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, lo cierto es que la Sala debe asumir una posición definitiva sobre el asunto objeto de análisis, como quiera que el 30 de agosto de 2007, esta misma Sección profirió una sentencia (expediente 15.932) en la cual el capítulo denominado “daño antijurídico e imputabilidad” fue aprobado sin ningún tipo de observación y en forma unánime.

2.9. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en lo que concierne a la forma como se abordó el análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, materia sobre el cual recae esta aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁴⁶ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Ángel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.