



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO  
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y  
SANTA CATALINA**

**SIGCMA**

San Andrés Isla, treinta (30) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 0074

<b>Medio de Control</b>	Reparación Directa
<b>Radicado</b>	76-001-23-31-000-2011-00541-00
<b>Demandante</b>	Lili Fernanda Díaz Hernández y otros
<b>Demandado</b>	Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros
<b>Magistrado Ponente</b>	José María Mow Herrera

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2 del acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

**II. ANTECEDENTES**

**- DEMANDA**

El señor Guillermo Herrera Tovar, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Tatiana Herrera Tovar, su hermana Nancy Herrera Tovar, su hijastra Lili Fernanda Díaz Hernández y su madre Felicinda Tovar; instauraron demanda de reparación directa contra el Municipio de Santiago de Cali, las Empresas Municipales de Cali -EMCALI ESP y la Galería Santa Elena con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

“

1. *Declarar al Municipio de Santiago de Cali, las Empresas Municipales de Cali - EMCALI ESP y la Galería Santa Elena, administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al señor Guillermo Herrera Tovar, el 22 de octubre de 2008, al desplomarse la losa que cubre el caño de aguas residuales que divide a la Galería Santa Elena con el barrio Boyacá, ubicado en la calle 26 con carrera 32.*

2. *En consecuencia, condenar Municipio de Santiago de Cali, las Empresas Municipales de Cali -EMCALI ESP y la Galería Santa Elena a pagar los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros individualizados en los siguientes términos:*
  - a) *Perjuicios Morales: En favor de todos y cada uno de los actores, Guillermo Herrera Tovar, Tatiana Herrera Tovar, Nancy Herrera Tovar, Lili Fernanda Díaz Hernández Felicinda Tovar; la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000).*
  - b) *Perjuicios Materiales: En favor de Guillermo Herrera Tovar, la suma de ciento millones de pesos (100'000.000).*
  - c) *Daño a la Vida en Relación: En favor de todos y cada uno de los actores, Guillermo Herrera Tovar, Tatiana Herrera Tovar, Nancy Herrera Tovar, Lili Fernanda Díaz Hernández Felicinda Tovar; la suma cincuenta millones de pesos (50'000.000).*
  - d) *Perjuicios Estéticos: En favor de Guillermo Herrera Tovar, la suma de cincuenta y cinco millones de pesos (55'000.000).*
3. *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de C.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.*
4. *La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”*

## - HECHOS

La parte demandante fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se resumen:

1. Relata que el día 22 de octubre de 2008, el señor Guillermo Herrera Tovar como era de costumbre se presentó a trabajar en el establecimiento de comercio “*las Delicias de Penny*” ubicada en la autopista suroriental de Cali, donde se desempeñaba como maestro de obra en la labor de enlucimiento y pintura del local.
2. Que al terminar la jornada laboral sobre las 6:43 PM, se desplazó a pie rumbo a la casa de su madre ubicada en la calle 26 A N° 32-26, como siempre lo hacía antes de llegar a su residencia. Para llegar a este sitio era necesario atravesar parte de la Galería Santa Elena, pasando por encima del planchón o losa de concreto que cubre el caño de aguas residuales que pasa por este sitio.
3. Afirma que justo cuando pasaba por el centro del planchón, escucho un ruido debajo de sus pies y de pronto se vio en el caño rodeado de aguas negras a una profundidad de seis (6) o siete (7) metros.

4. Precisa que, al caer, no se golpeó la cabeza porque cayó parado, por lo tanto, no perdió el conocimiento, pero describe, que fueron momentos de mucha angustia porque estaba oscuro y el dolor era indescriptible, no entendía lo que estaba pasando, solo sabía que tenía que gritar para que lo ayudaran.
5. Explica, que una señora que iba detrás de él y que vio cómo se desplomó la plaqueta de concreto llevando consigo al señor Herrera, de inmediato pidió auxilio. Que llegó mucha gente al lugar de los hechos y que una de ellas contó lo sucedido a su madre, quien, a su vez, conminó a su hermana y a su yerno para que prestaran la ayuda debida y se comunicaran con el personal de emergencias, dado que por su avanzada edad esta se encontraba impedida para salir a su auxilio.
6. Señala que los esfuerzos de las personas que querían ayudarlo a salir fueron inútiles y que solo a eso de las 8:30 PM los Bomberos Voluntarios de Cali junto con la policía lograron sacarlo vivo de ese caño de aguas negras siendo conducido por una ambulancia hacia el Hospital Primitivo Iglesias de la Red Hospitalaria de Cali.
7. Menciona que por la gravedad de sus heridas y el dolor que refería el señor Herrera Tovar, a las 12:00 de la noche, el médico de turno ordenó su remisión al Hospital Universitario de Valle, donde fue diagnosticado con *“fractura de fémur, pierna izquierda, brazo izquierdo y muñeca.”*
8. Asegura que los médicos para un buen diagnóstico debieron intervenirlos quirúrgicamente en cadera y en las piernas, y que fue necesario hacer implantación de platinas y tornillos en cadera y rodilla, y enyesados el brazo izquierdo y muñeca.
9. Que inicialmente se le dio una incapacidad de 120 días, tiempo en el que se movilizó en silla de ruedas, y después de muchas terapias con muletas, mientras se esperaba la evolución de las cirugías. Sin embargo, ante la ausencia de mejoría refiere que le practicaron otra intervención quirúrgica con implante óseo en la Clínica San Fernando de Cali y se ordenan las terapias que resultaron insuficientes para superar el dolor en la cadera, rodilla y cojeando, lo que le impide caminar normalmente sin tener dolor, correr, subir escaleras, agacharse, no puede alzar nada pesado, en otras palabras, quedó inválido.
10. Afirma que el señor Guillermo Herrera Tovar, compañero permanente de Limbania Hernández Vásquez (fallecida), padre de Tatiana Herrera Hernández y Lilia

Fernanda Díaz Hernández e hijo de Felicinda Tovar Godoy, era el proveedor de los recursos económicos que sostenían a su hogar y que después del accidente quedaron desamparadas, y viven de la caridad de los vecinos, no pueden pagar arriendo, servicios, ni lo más mínimo, su alimento diario.

11. Asevera que el actor en promedio devengaba una suma de ochocientos mil pesos mensuales por el ejercicio de su oficio.
12. Denuncia que, pese a la pluralidad de accidentes presentados en el mismo punto, dos años después de los hechos, el conducto de aguas negras aún se encuentra desprovisto de atención y mantenimiento exponiendo a los residentes y vecinos del sector a nuevos accidentes.

#### **- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Respecto del fundamento de derecho, el apoderado de la parte demandante señala las siguientes normas:

- Constitución Nacional: artículos Artículo 1, 2, 6, 11, 20, 49, 90.
- Legales: artículo 217, artículos 86, 131, 256, 1613 al 1617 del Código Civil; Artículo 4 y 8 de la ley 153 de 1887; ley 10 de enero de 1990; ley 23 de 1981; Decreto 3380 de 1981; Decreto 1032 de 1991

Normas que se indica, desarrolla con apartes jurisprudenciales a paginas siguientes<sup>1</sup>.

#### **- CONTESTACIÓN**

#### **Asociación de Concesionarios de la Plaza de Mercado de Santa Elena- ASOSANTAELENA**

La apoderada judicial de la demandada recorrió el traslado de la demanda<sup>2</sup> oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y afirmando no contarle los hechos relacionados en la demanda.

Sostiene que el lote de terreno de propiedad de la Galería Santa Elena se encuentra ubicado en la carrera 31 entre la calle 23 y 24, por lo tanto, la ubicación del accidente resulta ajena a los límites de su propiedad.

---

<sup>1</sup> Folio 152 del cuaderno principal

<sup>2</sup> Folios 183 al 186 del cuaderno principal

Aduce que al actor le correspondía guardar la prudencia debida al conocer de primera mano el mal estado de la vía, que por el uso y aviso de residentes y foráneos se tornaba “*peligrosa*”.

### **Municipio de Santiago de Cali**

Por su parte, el apoderado judicial del Municipio de Santiago de Cali,<sup>3</sup> contestó que es cierto: (i) que los bomberos voluntarios atendieron una emergencia por auxilio al señor Guillermo Herrera el día 22 de octubre de 2008, según constancia expedida por el Jefe del Departamento Técnico de Prevención Seguridad y Proyectos de esa institución, (ii) que este recibió atención médica por parte de los centros hospitalarios referidos y en general los hechos corroborados por la historia clínica aportada y (iii) que venía desempeñándose como maestro de obra devengando un promedio de ochocientos mil (\$800.000) pesos mensuales al momento de sufrir el accidente. Respecto de los demás, se pronunció señalando no constarle algunos, negando otros y resaltando el aliento alcohólico registrado tanto por el médico tratante como por el anestesiólogo que atendieron al Sr. Guillermo Herrera.

En su defensa, señala que no le corresponde al Municipio de Santiago de Cali a través de ninguna de sus dependencias, realizar el mantenimiento de los canales y su área de protección puesto que esta función corresponde a la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado de las empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP.

Precisa que, si bien el demandante atribuye la causa del daño al descuido en la conservación y mantenimiento en el planchón ubicado en esa zona, no hay prueba de que ello sea así.

Advierte que dicho planchón no pudo desplomarse de la noche a la mañana sin mostrar señal de desgaste, de tal magnitud que saltaran a la vista del lesionado quien con frecuencia recorría la vía a menos de que al momento de los hechos no se encontrara en sus cinco sentidos, concluyendo que fue su falta de cuidado del actor lo que ocasionó el accidente.

Propone como exenciones de fondo las que denomina:

- **Inexistencia de responsabilidad a cargo del Municipio de Santiago de Cali:**

---

<sup>3</sup> Folios 202 al 216 del cuaderno principal

## SIGCMA

En síntesis, señala que le es ajeno al Municipio el mantenimiento de la de los canales de aguas residuales de la ciudad, obligación que radica en cabeza de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI EICE ESP

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:**

Insiste en que el mantenimiento del planchón construido sobre el canal de aguas residuales es de responsabilidad de EMCALI EICE ESP, por lo tanto, es la llamada a responder frente a una eventual condena, conforme lo dispuesto en el Acuerdo No. 014 de 26 de diciembre de 1996, Resolución JD003 del 20 de enero de 1999 y los estatutos de EMCALI EICE ESP.

- **Culpa exclusiva de la víctima:**

En la medida en que si el lesionado no hubiera estado bajo los efectos del alcohol podría fácilmente haber visto alguna señal que indicara el peligro inminente y evitar el daño.

- **La innominada:**

La fundamenta en todos los hechos exceptivo que demostrados en el proceso sean favorables a el ente territorial.

Llama en garantía a la Previsora S.A.<sup>4</sup>

### **Empresas Municipales de Cali- EMCALI EICE ESP**

La apoderada judicial de la Empresa Industrial y Comercial del Municipio de Cali recorrió el traslado de la demanda,<sup>5</sup> oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y manifestando no constarle ninguno de los hechos de la demanda.

Adicionalmente, expone que Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, es una empresa Industrial y Comercial del Estado, prestadora de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, en ningún caso le corresponde el mantenimiento de los espacios públicos, lo cual es competencia exclusiva del Municipio de Cali. En ese sentido, carece de legitimación en la causa.

---

<sup>4</sup> Folios 264 al 266 del cuaderno principal.

<sup>5</sup> Folios 264 al 266 del cuaderno principal

## SIGCMA

Indica que el canal de aguas lluvias que existe en el sector aledaño a la galería Santa Elena ubicado en la calle 26 entre carrera 24 y 50, es conocido como “*canal ferrocarril*”, que hace más de 20 años la administración local construyó sobre él un planchón para la reubicación de los vendedores ambulatorios aledaños y que dicho planchón se encuentra ubicado en el espacio público, por lo tanto, la conservación y mantenimiento está a cargo del Municipio de Santiago de Cali.

Propone las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de responsabilidad administrativa de EMCALI EICE ESP:**

Argumenta que en el caso concreto no se encuentran estructurados los elementos de la responsabilidad extracontractual de estado y que la falla en el servicio alegada es inexistente.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:**

Insiste en que el mantenimiento del planchón construido sobre el canal de aguas residuales es de responsabilidad del ente territorial, por lo tanto, es la llamada a responder frente a una eventual condena.

- **Caducidad de la acción:**

Alegando que, a la fecha en la que se presentó la demanda la acción se encontraba caducada.

Llama en garantía a Colseguros S.A. y a la Previsora de Seguros S.A.<sup>6</sup>

### **Previsora S.A. Compañía de Seguros:**

El apoderado de la compañía de seguros procedió a contestar la demanda<sup>7</sup>, afirmando no constarle los hechos que en ella se discuten, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y formulado las excepciones de fondo denominadas:

- **Culpa exclusiva de la víctima:**

---

<sup>6</sup> Folios 313 al 315 del cuaderno principal.

<sup>7</sup> Folio 335 al 345 del cuaderno principal No.2

## **SIGCMA**

Como quiera que fue el exceso de confianza y la ingesta de alcohol lo que llevó a que sin justificación alguna, este cayera en el canal de Santa Elena.

- **Inexistencia de causalidad entre el daño y la conducta:**

Por cuanto la parte demandante no presento cual es la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo de los demandados.

- **Ilegitimidad de la causa por pasiva para las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP:**

Dado que el origen del daño se ubica en la víctima.

- **Ilegitimidad de la causa por pasiva para el Municipio de Cali:**

Dado que el origen del daño se ubica en la víctima.

- **La innominada:**

La fundamenta en todos los hechos exceptivo que demostrados en el proceso sean favorables a el ente territorial y a EMCALI EICE ESP.

Contesta frente a los hechos del llamamiento en garantía formulado por **EMCALI EICE ESP**, manifestando que de ser condenada la demandada, responderá en proporción a la obligación suscrita, es decir por el 20%, del valor de la indemnización, teniendo en cuenta los porcentajes deducibles.

Invoca como excepciones de fondo las que denomina:

- Inexistencia de la obligación por pago total de la suma asegura en responsabilidad civil extracontractual
- Innominada

Del mismo modo, se manifiesta en torno al llamado en garantía de la entidad territorial, con fundamento en la póliza por responsabilidad civil No. 1005471 vigente entre el 20 de octubre de 2008 y el 20 de mayo de 2009, para lo cual, aduce que en

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## **SIGCMA**

caso de condena responderá hasta la suma de \$ 2'000.000.000 con un deducible del 5% mínimo de 1 smmlv.

Advierte que es posible que prosperen las pretensiones de la demanda contra el **Municipio de Santiago de Cali** y de ser así, ruega que, al momento de emitirse la correspondiente condena, se comprometa a la aseguradora en estricta relación con lo relacionado en la póliza referida.

- Aplicación del valor asegurado
- Innominada

### **Allianz Seguros S.A antes Colseguros S.A.**

Mediante apoderado judicial, descorre el traslado<sup>8</sup>, afirmando no constarle los hechos de la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas por los actores.

Propone las siguientes excepciones de fondo las que denominó.

- **Excepciones planteadas por quien efectúa el llamamiento en garantía a mi procuradora:**

Solicita se tenga como excepciones las planteadas por EMCALI EICE ESP.

- **Inexistencia de responsabilidad de EMCALI EICE ESP**

Argumenta que no existe ningún vínculo o fundamento para endilgar a su asegurada responsabilidad como quiera que no se llenan los presupuestos exigidos para indemnizar por responsabilidad extracontractual del Estado.

- **Carencia de prueba del supuesto perjuicio:**

Por cuanto, se advierte una carencia de elementos probatorios que permitan el triunfo de las pretensiones de la demanda

---

<sup>8</sup> Folios 375 al 387 del cuaderno de llamamiento en garantía.

- **Enriquecimiento sin causa:**

Precisa que emitir una condena en el caso correcto podría generar un lucro indebido frente a un detrimento patrimonial no causado.

- **La genérica o innominada**

La fundamenta en todos los hechos exceptivo que demostrados en el proceso sean favorables a la aseguradora.

Por otro lado, frente al llamamiento en garantía contesta que los hechos enlistados por la asegurada son en su mayoría ciertos y que Allianz S.A., dentro de acuerdo de póliza referido solo figura como coaseguradora en el 80%, mientras que la Previsora S.A. asegura el 20%.

Invoca como excepciones las que denominó:

- Inexistencia de la cobertura y consecuentemente de la obligación a cargo de mi representada.
- Coasegurador e Inexistencia de Solidaridad
- Límites máximos de responsabilidad, condiciones del asegurado y disponibilidad del valor asegurado
- Inexistencia de cobertura para perjuicios extrapatrimoniales diferentes a los morales por cuenta de la póliza de responsabilidad civil.
- Exclusión de amparo
- La genérica o innominada

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2011 el Tribunal admitió la demanda.<sup>9</sup>

A través de auto del 24 de junio de 2013, se abrió a pruebas el proceso.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Folios 160 al 162 cdno. Ppal.

<sup>10</sup> Folios 390-398 cdno. Ppal.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## **SIGCMA**

Mediante providencia del 01 de febrero de 2019, el Tribunal cerró el período probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.<sup>11</sup>

En cumplimiento a lo ordenado en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 21 de mayo de 2019, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, se remitió el presente proceso al H. Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para proferir la sentencia correspondiente.<sup>12</sup>

Mediante auto de fecha 02 de julio de 2019, esta Corporación avocó conocimiento del proceso.<sup>13</sup>

### **- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **La Previsora S.A.**

La Compañía de Seguros recorrió el traslado para alegar de conclusión,<sup>14</sup> señala que, agotado el periodo probatorio, las pruebas documentales y testimoniales aportadas resultan insuficientes para consolidar el cargo de falla del servicio por el que se pretende obtener el reconocimiento de indemnización por las lesiones causada al señor Guillermo Herrera, máxime, encontrándose probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima en la configuración del daño.

Alega que el estado de embriaguez del actor al momento de los hechos se encuentra probado con la historia clínica aportada al proceso, específicamente a folio 87 del expediente.

#### **Municipio de Santiago de Cali.**

La entidad territorial fundamenta sus alegatos<sup>15</sup> ratificándose integralmente frente a los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

---

<sup>11</sup> Folio 466 cdno. Ppal.

<sup>12</sup> Folio 525 cdno. Ppal.

<sup>13</sup> Folio 527 cdno. Ppal.

<sup>14</sup> Folios 468 al 477 cdno. Ppal.

<sup>15</sup> Folios 478 al 482 cuaderno principal No.2

### **EMCALI EICE ESP**

El apoderado judicial de las empresas Municipales de Cali ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.<sup>16</sup> Reafirma con base en la probanza la inexistencia de responsabilidad de la demandada y sostiene que, con la declaración del Ingeniero Efraín Torres Valencia, que obra en el expediente se encuentra probado que el mantenimiento y conservación del planchón que recubre el canal que atraviesa la Galería de Santa Elena, le correspondía al Municipio de Santiago de Cali.

### **ALLIANZ SEGUROS S.A**

La demandada corrió el traslado para alegar de conclusión de manera extemporánea.<sup>17</sup>

### **III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El delegado del Ministerio Público en esta oportunidad emitió concepto.<sup>18</sup> A juicio de la Procuradora No. 165 Judicial II para la Conciliación Administrativa. Se configuran en el caso que se examina los elementos de la responsabilidad extracontractual al estudiarse los tres elementos, el trípode sobre el que se cimienta la responsabilidad del Estado el daño, la imputación y su fundamento.

Plantea que el daño ha quedado acreditado con las historias clínicas traídas al proceso que corroboran las fracturas sufridas por el señor Herrera Tovar, e igualmente el período de incapacidad, amén del dictamen de Junta Regional de Calificación de invalidez del Valle del Cauca que determina la pérdida de capacidad laboral del lesionado por los hechos ocurridos el 22 de octubre de 2008.

Frente a la causa del daño, considera que desde el plano de la imputación fáctica es válido concluir que efectivamente el señor Guillermo Herrera Tovar sufrió un accidente al caer del planchón existente sobre el canal de aguas de la Galería de Santa Elena, tal como lo acredita la certificación del Cuerpo de Bomberos

---

<sup>16</sup> Folios 347 al 352 cuaderno principal No. 2

<sup>17</sup> Folios 497 al 513 cuaderno principal No.2

<sup>18</sup> Folio 505 al 523 cuaderno principal No.2

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

Voluntarios de Cali y la declaración del funcionario del Comité Local de Emergencias -Clopad del Municipio de Santiago de Cali.

Igualmente señala que encuentra acreditado que el planchón construido sobre el canal de aguas se encontraba en deficiente estado, conforme lo declaran los señores Héctor Lucio F Ranco, Marco Lelio Rodríguez Herrera e Isaac Antonio Riascos Gómez.

Imputa el daño a la conducta desplegada por las entidades demandadas por omisión en la conservación y mantenimiento del planchón construido sobre el canal de aguas de la galería de Santa Elena, en el que se permitió por la administración municipal el tránsito y la ocupación inclusive con ventas ambulantes y estacionarias, como se extrae del recaudo probatorio, particularmente en los testimonios.

Explica que pese a los argumentos expuestos por las Empresas Municipal de Cali - EMCALI EICE ESP, está probada su responsabilidad frente a la prestación del servicio público de alcantarillado conforme a sus estatutos y en el Acuerdo 14 de 1990 que en el literal d) de su artículo 24, aportado al plenario y obrante a folios 218 a 242, establece como función de la empresa. *"El mantenimiento y el control de los canales y conductos que utilice para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias estará a su cargo"*.

Citas apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre los deberes de vigilancia y control de las obras en vía pública de las entidades territoriales:

*"Los municipios tienen a su cargo la vigilancia y control de las actividades de construcción que en ellos se desarrollen, de acuerdo con el artículo 133.7 de la Constitución Política. Para ello, los Concejos Municipales deben definir la estancia administrativa encargadas de vigilar y controlar las actividades de construcción de conformidad con el artículo 109 de la Ley 388 de 1997. Claro está que la omisión de la designación de dicha entidad no releva al municipio de la obligación constitucional y legal de vigilar y controlar las obras que se desarrollen en su jurisdicción. Además, el artículo 104 de la Ley 80 de 1993 otorga a los Alcaldes Municipales la competencia para sancionar el incumplimiento de las obligaciones urbanísticas, como herramienta para garantizar el cumplimiento de las normas de construcción (...) Ahora bien, se presenta una falla del servicio cuando se produzca un daño ocasionado con el incumplimiento de las obligaciones del estado. En consecuencia, cuando se presente un daño como resultado de un incumplimiento de los deberes de licenciamiento, vigilancia y control de las actividades de construcción, el municipio tiene la obligación de indemnizar (...) los Municipios son responsables por las actividades sometidas a licencias de construcción hasta la conclusión de*

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

*la obra, siempre y cuando los daños creados sean o debieran ser conocidos por la entidad."*

Sugiere a renglón seguido, la valoración de la tesis de concausa que en pluralidad de oportunidades la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado, por cuanto considera que, si bien el estado probado de embriaguez del actor no fue la causa determinante de daño, esta sí influyó en su causación y dicho comportamiento debe verse reflejado con la disminución porcentual de los perjuicios resarcibles.

#### **IV.- CONSIDERACIONES**

En esta oportunidad, corresponde a la Sala de Decisión de esta Corporación, determinar si existe o no la conducta que se reprocha, es decir, si concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado, derivada de la falla del servicio por omisión en el mantenimiento y conservación de las losas que recubren los canales y conductos que utiliza el Municipio de Santiago de Cali para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y las actividades complementarias a su cargo.

##### **- COMPETENCIA**

Conforme lo establece el numeral 6º del art. 132 del C.C.A., los Tribunales Administrativos son competentes para conocer en primera instancia, de los asuntos de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cabe señalar que este Tribunal es competente para proferir sentencia de primera instancia, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 21 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

##### **- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos<sup>19</sup>, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, el conteo de los términos que hubieren empezado a correr en vigencia de una ley anterior debe hacerse según lo dispuesto en dicha norma.

En el *sub examine*, se demanda por una falla en la prestación del servicio de mantenimiento vial y redes de alcantarillado que habría provocado que el señor Guillermo Herrera Tovar sufriera lesiones físicas irreversibles. Al respecto, está acreditado, según la historia clínica de la Clínica del Hospital Universitario del Valle, que el accidente que produjo las fracturas por las cuales se acude en sede judicial fueron causadas el 22 de octubre de 2008.

Dado que el daño que sufrió la actora se conoció en la fecha acabada de citar, la demanda de reparación directa debía instaurarse, a más tardar, el 25 de octubre de 2010, día hábil siguiente a la fecha del vencimiento; por tanto, como esto último, ocurrió el 15 de diciembre de 2010<sup>20</sup>, EMCALI EICE ESP, al contestar la demanda formuló dentro de sus excepciones la de caducidad de la acción.

Sin embargo, a folio 26 del cuaderno principal del expediente se advierte agotado el requisito de procedibilidad con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada el día 12 de octubre de 2010,<sup>21</sup> razón por la cual, le son aplicables los efectos del artículo 21 de la Ley 640 de 2009, por lo cual se procederá a su correspondiente estudio y se despachará desfavorable la excepción invocada.

---

<sup>19</sup> Ley 446 de 1998.

<sup>20</sup> Folio 150 del cuaderno principal

<sup>21</sup> Folios 26 y 27 del cuaderno principal

## **- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y el material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

### **Legitimación en la causa de los demandantes**

Los señores Guillermo Herrera Tovar, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Tatiana Herrera Tovar, Nancy Herrera Tovar, Lili Fernanda Díaz Hernández y Felicinda Tovar; a través de apoderado judicial, comparecieron a este asunto como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa<sup>22</sup>.

Se encuentra demostrado, asimismo, que el señor Guillermo Herrera Tovar compareció al proceso como víctima directa del daño y que Tatiana Herrera Tovar, Nancy Herrera Tovar, Lili Fernanda Díaz Hernández y Felicinda Tovar<sup>23</sup>, hacen parte de su núcleo familiar de suerte que se encuentra demostrada su legitimación material en la causa.

---

<sup>22</sup> Folios 1 del cuaderno principal.

<sup>23</sup> Parentesco que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento a folios 17 al 22 del cuaderno principal del expediente.

### **Legitimación en la causa de las demandadas**

Los demandantes formularon las imputaciones contra la Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP y Galería Santa Elena, de modo que se encuentran legitimados de hecho en la causa por pasiva, pues a ellos se les imputa el daño que los actores alegaron haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que esta, por determinar el sentido del fallo *-denegatorio o condenatorio-*, no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de las demandadas en la causación del daño que se alega.

#### **- PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a esta Corporación determinar si las entidades demandadas son administrativamente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes debido a las lesiones causadas al señor Guillermo Herrera Tovar, por la presunta falla en el servicio, por omisión en el mantenimiento de las losas que recubren la red de alcantarillado aledaña a la plaza Santa Elena en la ciudad de Cali

#### **- TESIS**

La Sala de Decisión de esta Corporación, en tanto, encuentra probada la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas por falla en el servicio, constituida por la omisión en el mantenimiento de las vías públicas e imperfecciones en los elementos en ellas ubicados para garantizar la seguridad de personas, accederá a las pretensiones de la demanda y declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Galería Santa Elena, al encontrar probado la relación jurídico sustancial respecto de los demandantes en el curso del contradictorio.

#### **- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, estableció de manera expresa la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado “*por los daños antijurídicos*

## **SIGCMA**

*ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas*". Por tanto, la existencia de un daño antijurídico sufrido por la víctima y su imputabilidad a un órgano del Estado son los dos los elementos sustanciales necesarios para declarar la responsabilidad del Estado.

El daño antijurídico consiste en el perjuicio que el damnificado no está en el deber de soportar. La imputabilidad consiste en la atribución del daño a la demandada, basada en uno de los siguientes factores de imputación: (i) El funcionamiento anormal de la administración (falla del servicio) (ii) el funcionamiento normal de la administración que produce un desequilibrio en las cargas públicas (daño especial); (iii) la teoría del riesgo creado (actividades peligrosas); (iv) el enriquecimiento injustificado de la administración. (Acción in rem verso).

Se debe tener en consideración que los daños imputables al Estado pueden provenir de una conducta -activa u omisiva- lícita o ilícita y, a tales efectos la jurisprudencia aplica los títulos de imputación de responsabilidad que, de tiempo atrás, ha ido decantando: falla probada del servicio, riesgo excepcional y ocasionalmente daño especial, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquella.

Ahora bien, una interpretación sistemática del artículo 90 Superior permite de manera racional y válida en que el régimen de reparación de los daños es de carácter patrimonial o económico, pero también comprende la adopción de medidas la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica, es importante que el juez además, adopte medidas a través de las cuales las víctimas efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

Lo anterior propende a la protección de las víctimas, garantizándoles su dignidad humana y sus derechos humanos, estableciendo la verdad de lo ocurrido para que recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse, atendiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia

es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973, y por tanto, de rango constitucional conforme el artículo 93 de la Constitución Política.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

- **El hecho de la víctima y/o de un tercero como eximente de responsabilidad o causal excluyente de imputación.**

Uno de los argumentos comunes al contradictorio, es la existencia de causales eximentes de responsabilidad en los hechos que precedieron las lesiones padecidas por el señor Guillermo Herrera Tovar, por lo que es menester verificar el grado de responsabilidad de los sujetos pasivos de la Litis con ocasión a la culpa exclusiva de la víctima como causa única del accidente ocurrido el 22 de octubre de 2010.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos

*“Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad —fuerza mayor, caso fortuito, **hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima**— constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:<sup>24</sup>*

*“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos*

<sup>24</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, Expediente No. 19.067.

*efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.*

*Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:*

*«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»<sup>25</sup>*

*En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.*

*(...)*

*Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna,*

---

<sup>25</sup>Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, Les responsabilites, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., p. 19

## SIGCMA

*tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, **razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada***<sup>26</sup>

En ese orden de ideas, se puede concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea *“tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo,*<sup>27</sup> es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima, análisis que se realizará al abordar el fondo del asunto.

### - CASO CONCRETO

El 15 de diciembre de 2010, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, los actores<sup>28</sup> solicitaron que se declarara responsables al Municipio de Santiago de Cali, las Empresas Municipales de Cali -EMCALI ESP y la Galería Santa Elena, por los daños y perjuicios causados al señor señor Guillermo Herrera Tovar como consecuencia de una falla en la prestación del servicio, al desplomarse una de las losas que recubría la tubería de alcantarillado aledaña a la plaza de mercado de Santa Elena causando al demandante, múltiples lesiones en los miembros superiores e inferiores al caer en el caño de aguas negras.

Por su parte, el Municipio de Santiago de Cali aduce, que en virtud del Acuerdo No. 014 de 26 de diciembre de 1996, Resolución JD003 del 20 de enero de 1999 y los

---

<sup>26</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

<sup>27</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, Expediente No. 19.067.

<sup>28</sup> Guillermo Herrera Tovar, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Tatiana Herrera Tovar., su hermana Nancy Herrera Tovar, su hijastra Lili Fernanda Díaz Hernández y su madre Felicinda Tovar;

## **SIGCMA**

estatutos de EMCALI EICE ESP, el mantenimiento del planchón construido sobre el canal de aguas residuales es de responsabilidad de las Empresas Municipales de Cali, quienes a su vez, atribuyen la responsabilidad a la entidad territorial, alegando que dicho recubrimiento fue construido por el Municipio hace más de 20 años para la reubicación de los vendedores ambulantes del sector y por lo tanto, el mantenimiento y cuidado es una consecuencia jurídica directa.

Fueron llamadas en garantía, la Previsora S.A. y Allianz S.A., frente a los hechos manifestaron no constarle y mostraron oposición frente a las pretensiones invocadas en la demanda.

En suma, dichas posiciones fueron ratificadas en los alegatos de conclusión luego de agotarse el periodo probatorio, oportunidad de la que hicieron uso la Previsora S.A., el Municipio de Santiago de Cali, EMCALI EICE y el Ministerio Público.

En ese orden de ideas, para efectos de resolver el asunto, la Sala primero hará la revisión de las pruebas obrantes en el proceso y su estudio crítico:

### **- Análisis probatorio y Hechos probados**

De conformidad con las pruebas válida y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

1. Registros Civiles de nacimiento de: Guillermo Herrera Tovar, nacido el 5 de noviembre de 1962, hijo de Rubén Herrera y Lucinda Tovar; Límbania Hernández Vásquez, hija de Jorge Célimo Hernández y Alfa Vásquez Quintero; Tatiana Herrera Hernández, hija de Limbanía Hernández y Guillermo Herrera Tovar; Nancy Herrera Tovar, hija de Rubén Herrera y Lucilda Tovar; Lili Fernanda Díaz Hernández, hija de Limbanía Hernández Vásquez y Carlos Alberto Díaz Ramírez y la partida de bautismo de Felicinda Tobar. (Folios 17 a 22)
2. A folio 123 obra declaración extrajuicio dada por el señor Guillermo Herrera Tovar y la señora Limbanía Hernández Vásquez, expresando que conviven en unión libre desde hace más de 15 años que la señora Límbania Hernández Vásquez quien tiene una hija de 18 años Lili Fernanda Díaz Hernández, procrearon una hija Tatiana y los dos se encargan de velar por el sostenimiento y manutención del hogar. (folio 123)
3. Álbum fotográfico sin registro de fecha y lugar. (folios 23 a 28)

## SIGCMA

4. Certificado del Benemérito Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cali, por la que se indica la atención de emergencia del 22 de octubre de 2008 a las 22:22 horas, rescatando al señor Guillermo Herrera con C.C.. No. 16.696.096 del canal de aguas residuales de Santa Elena. (folio 29)
5. Documentos de la historia clínica del señor Herrera Tovar del 22 de octubre de 2008, del Hospital Primitivo Iglesias recibido a la hora 24, minuto 25 y su remisión al HUV. aparece al dorso del folio de remisión la siguiente nota: paciente caída a un caño (...) *tx muñeca (...)* TA 120/80 FC 80 F17 G 15/15 **aliento alcohólico.** (...) *muñeca (...)* dolor palpación muslo (...)" (SIC) (folios 30 a 32)
6. Historia Clínica Hospital Universitario del Valle entre los que se consigna fractura fémur izquierdo y fractura radio izquierda; el 25 de octubre de 2008 se consigna descripción quirúrgica, osteosíntesis en fémur izquierdo, osteosíntesis en radio izquierda, reducción abierta de fémur, reducción cerrada de radio, reducciones sin complicaciones. (folios 33 a 45).
7. Consulta externa HUV de 18 de noviembre de 2008, se indica que el paciente que requerirá incapacidad de 120 días.
8. Documentos de atención en la Fundación Valle del Lili, por consulta externa de enero 14 de 2009, marzo 3, se inicia 30 días más de incapacidad, abril 14 de 2009. (Folios 48 a 52).
9. Atención de Red de Salud en fisioterapia, rayos X, exámenes (folios 52 a 89).
10. El 11 de agosto de 2019, se ordena cirugía reconstructiva múltiple osteotomía y osteosíntesis en fémur, tibia y peroné, extracción de material de osteosíntesis e injertos óseos. (folio 90)
11. Se realiza intervención el 10 de septiembre de 2009 como consta a folios 106 y 107 de la hoja operatoria y de anestesiología.
12. Dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez del Valle del Cauca del señor Guillermo Herrera Tovar identificado con la C.C. 16.696.096, en la que se determinan las secuelas del accidente ocurrido el 22 de octubre de 2008, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, considerando la documentación aportada y la evaluación y análisis realizado, la cual califica como total de la pérdida de la capacidad laboral un 36.30%, con origen en accidente común y con fecha de estructuración el 22 de octubre de 2008, día del evento. (folios 440 a 449)

13. Aclaración del dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez del Valle del Cauca (folios 461 a 463).
14. Copia autenticada de la póliza RCE 3344 correspondiente a la vigencia 11 de enero de 2008 hasta el 11 de enero de 2009 (folios 1 a 14 del cuaderno de pruebas).
15. Fotocopia auténtica de la historia clínica del señor Guillermo Herrera Tovar del Hospital Universitario del Valle, encontrando como anotación del 23 de septiembre de 2009, en el documento EPICRISIS al folio 26 cuaderno de pruebas, que en oct 22/8 a las 20.30 pm sufre caída desde aproximadamente 3 mts cayendo en bipedestación y con apoyo en MSI. Se encontraba en estado de embriaguez igual anotación aparece al folio 27, historia clínica HUV 23 de septiembre de 2009, diciendo: Pte quien el 22 oct/08 aprox 20:30 hr sufre caída de aprox 3 mt de altura cayendo en bipedestación y con apoyo en miembro superior izquierdo, bajo estado de alicoramamiento. Niega pérdida de la conciencia y contacto con aguas negras; en la hoja remisión de pacientes obrante al folio 32 se consigna igualmente aliento alcohólico" (sic)

Declaraciones obrantes en el cuaderno de pruebas:

16. Declaración del señor **Héctor Lucio Franco**, quien dice trabajar en el Comité Local de Emergencias Clopad y quien atendió el llamado que hizo la central de radio para un evento en la carrera 26, caño San Judas llamado planchón, porque una persona se había ido al caño; sobre si conoció los motivos por los que el señor Herrera Tovar cae al caño y responde: "*Tengo entendido que es un planchón, eso está entamborado y entonces creo que flaqueó una placa de esas y se fue allá, al parecer la plaqueta estaba en mal estado, allá hay vendedores ambulantes es el planchón de Santa Elena.*" Al indagarse sobre el estado del planchón cuando llegó al sitio el declarante, respondió: Son unas placas, entonces yo creo que él iba transitando y la placa flaqueó y se fue al hueco, la placa estaba en mal estado. Posteriormente yo pregunté a la gente que estaba alrededor y me dijeron que esas placas estaban en mal estado y por eso el señor se fue al hueco...", precisó el declarante que el evento. Directamente es el planchón, eso más o menos viene siendo la carrera 31 al frente de una compraventa creo que llama Boyacá y el evento fue sobre el planchón, no sobre ningún puente (. . .) señala que hay ventas ambulantes sobre el planchón, que sobre el planchón transita todo el mundo.
17. Declaración de **Marco Lelio Rodríguez Herrera**, quien sobre el día del accidente señala que fue llamado por la mamá del señor Guillermo y por eso acudió al lugar eso era un hueco oscuro así y él estaba allá pidiendo auxilio nosotros tratamos de quietar unas tablas que estaban como al lado derecho y no fuimos capaces porque esto estaba peligroso y la gente decía no, no toquen

## SIGCMA

eso que de pronto se derrumba eso, *“como a los veinte minutos llegó la policía y ellos fueron los que llamaron a los bomberos al Clopad y una ambulancia llegó allí, ellos los bomberos fueron los que lo sacaron de allá con una escalera larga y bajaron allá con una linterna y sacaron de allá con una camilla, bajaron dos de los bomberos y lo rescataron del caño ese..”*. Declara sobre la composición familiar del señor Guillermo con su compañera Limbania Hernández y Lilia Fernanda Díaz y Tatiana Herrera, que la señora tenía una tiendita y el señor trabajaba, las hijas estaban en colegios, la señora murió de un infarto. Sobre la ocupación del planchón el lugar de los hechos indica que *(...)hay kioscos donde venden cervezas, donde venden chatarra y taller de bicicletas, pero al lado de la treinta y dos más que todo...” también informa Lo que yo recuerdo es que había partes que habían tapado la misma gente con tablas, latas, al otro día yo fui que fue a visitar la mamá de él y pasé por ahí y se veía que ponían pedazos de tablas de latas para ellos poner sus ventas y tapar el peligro”*.

18. Testimonio de **Isaac Antonio Riascos Gómez**, quien declara conocer al señor Herrera Tovar, a su familia, conoció a su esposa fallecida y a las hijas, señala que el día del accidente se encontraba con la hermana del accidentado y al ser informada telefónicamente la llevó en su moto al sitio al que acudió un señor del Clopad, la policía y luego los bomberos siendo llevado en ambulancia al hospital. Informa que: *“Ese hueco es grande tiene cuatro sesenta de fondo, más o menos por tres metros, tiene seis plaquetas de sesenta centímetros cada plaqueta y yo observé esas plaquetas y ni siquiera tenía buen hierro, unas varillitas ahí...”*. Declara sobre el grupo familiar, la afectación del accidentado y de su economía.
19. **José Fidel Suarez Cañaveral**, quien señala enterarse a los días del accidente, quedó incapacitado el señor Herrera y no volvió a trabajar, señaló que supo que su esposa murió de un infarto.
20. **Rubiela Hernández**, quien declara sobre la conformación de la familia del señor Herrera, de su actividad económica y la incapacidad de éste que le impedía trabajar. También informa que la esposa murió de un infarto.
21. **Boris Martínez Ramos, Nancy Santacruz, Cristóbal Viveros Viveros** quienes declaran sobre la composición familiar del señor Herrera, su accidente y afectación por la incapacidad.
22. **Efraín Torres Valencia**, Jefe del Departamento de Recolección de EMCALI EICE ESP área encargada del mantenimiento de las redes de alcantarillado, quien sobre el planchón y el canal de aguas expresa: *“Este canal es un canal de forma trapezoidal, revestido en concreto, con una profundidad promedio de unos seis metros y el ancho por medio de unos diez metros (...) Desconozco*

## SIGCMA

*las características estructurales del planchón que se construyó encima del canal Santa Elena, éste planchón no hace parte de la estructura del canal y tengo entendido que este planchón fue construido por la alcaldía municipal de la época para la reubicación de los vendedores ambulantes aledaños a la galería (...) hace que las labores de mantenimiento sean más dispendiosas, al tener que ingresar equipos por debajo del planchón para poder retirar el material depositado en el sector (...) Desconozco si en el momento de la construcción del planchón se hizo alguna solicitud para utilizar parte de esta estructura para la construcción del planchón, se reitera que el planchón no hace parte de la estructura hidráulica del canal, es una estructura construida en un sector muy corto del canal que coincide con uno de los sectores aledaños a la galería Santa Elena y no está construido sobre toda la longitud del canal y que en el momento el planchón es utilizado por vendedores,, ya no podemos decir ambulantes. sino que están fijos en este sector(...).*

23. Oficio de Municipio de Santiago de Cali, por el que se informa no se encuentra documento relacionado con gestión ejecutada por el municipio para la construcción y mantenimiento del planchón sobre el canal de aguas lluvias de la Galería Santa Elena. (folio 60 cuaderno de pruebas).
24. Certificado de la compañía La Previsora S.A., de la póliza de responsabilidad extracontractual No. 1005471 valor asegurado 335000000000. deducible 5% de 20 de octubre de 2008 al 20 de mayo de 2009. (folios 84 a 89)
25. Informe del alcalde de Santiago de Cali que señala que, conforme a las certificaciones expedidas por las dependencias, no obra documentación que permita establecer que el planchón, sobre el canal de aguas lluvias de la galería Santa Elena, fuere construido por el Municipio de Santiago de Cali.

En el caso *sub judice* le corresponde a esta Corporación determinar si se reúnen los presupuestos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de las entidades demandadas, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible a las entidades demandadas.

### **Daño Antijurídico**

En este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en el deterioro del estado de salud sufrido por el señor Guillermo Herrera Tovar, representada en la pérdida de la capacidad laboral de un 36.30%, con origen en

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## **SIGCMA**

accidente común y con fecha de estructuración el 22 de octubre de 2008, de conformidad con el dictamen pericial realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle.<sup>29</sup>

Así las cosas, estima este Tribunal que se encuentra plenamente probado el daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez, que las piezas procesales analizadas no fueron controvertidas por las partes demandadas y otorgan plena validez respecto de la acreditación del daño generado por la lesión sufrida por el actor, generando una afectación a su núcleo familiar.

Ahora bien, establecida la existencia del daño es necesario verificar si el mismo es imputable fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas.

### **Imputación jurídica del daño**

La parte actora reclama que se declare la responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali, EMCALI EICE ESP y la plaza de mercado Galería Santa Elena, porque considera que dichas entidades incumplieron las obligaciones que les conciernen en punto al mantenimiento y conservación de las vías públicas, en especial de los andenes, pues el día 22 de octubre de 2008, el señor Guillermo Herrera Tovar cayó en un caño de aguas servidas ubicado en el andén contiguo a la plaza de mercado de la referida ciudad, irregularidad esta que no debía estar presente en la vía pública y que, en el sentir de los actores, es la causa de las serias lesiones que le generaron al mencionado señor y a los demás demandantes, los daños cuya reparación reclaman.

Imputan a título de falla del servicio la conducta desplegada por las entidades demandadas, afirmando que los hechos deben ser analizados desde la teoría de responsabilidad objetiva, toda vez, que el accidente fue causado por omisión en las obligaciones a su cargo respecto de las losas que recubren los canales y conductos que utiliza el Municipio de Santiago de Cali para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y las actividades complementarias a su cargo.

---

<sup>29</sup> Folios 440 al 449 del cuaderno principal del expediente.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## **SIGCMA**

Durante el contradictorio, el Municipio de Santiago de Cali resalta que la función ejercida por la losa en mal estado que causó el accidente, no era otra, que el recubrimiento del canal de aguas residuales que pasa por ese sector, por lo tanto, al ser este un servicio público domiciliario y estar dentro del objeto social de las Empresas Municipales de Cali el mantenimiento, conservación y provisión de estos servicios, corresponde a EMCALI EICE ESE, asumir la responsabilidad por los daños causados por el sistema público de alcantarillado.

Por su parte EMCALI EICE ESE, señala que dicha losa fue construida por el Municipio de Santiago de Cali, hace más de 20 años con el fin de reubicar las ventas ambulantes del sector, luego entonces, al ser una obra municipal correspondía a la entidad territorial garantizar su funcionalidad.

Mientras que la Asociación de Concesionarios Galería Santa Elena, afirma que la plaza de mercado solo comprende el lote de terreno ubicado en la dirección carrera #31 con calle 24 y con calle 23, de acuerdo con lo depositado en el contrato de concesión No. 016-94, razón por la cual, el mantenimiento del lugar en el que se dieron los hechos se encuentra por fuera de los límites de la demandada.

### **Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

En casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído, el título de imputación aplicable si es el de la falla del servicio; empero, este no debe ser visto desde el régimen de responsabilidad objetivo sino desde el **régimen de responsabilidad subjetivo**, pues, es el que jurisprudencial y doctrinalmente se ha señalado procede para analizar si concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido.

Para ello, el Consejo de Estado, ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y el grado de cumplimiento o de observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

*“...la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones de control que a ella le corresponden [se refiere a la Policía Vial] (...) no es objetiva, pues requiere que los perjuicios que se reclamen puedan imputarse al incumplimiento de una obligación determinada.*

*Esta responsabilidad, incluso bajo la óptica del artículo 90 de la Constitución Política, solo puede surgir cuando se evidencia la existencia de una falla del servicio, teniendo en cuenta que tal concepción es relativa. Su régimen fue precisado por la sala en sentencia del 5 de agosto de 1994 (Exp. 8487, actor VÍCTOR JULIO PARDO, ponente, Carlos Betancur Jaramillo), en la cual se señaló:*

***“1. En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.***

*(...).*

***2. Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.***

*La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella **debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como “anormalmente deficiente”** (mayúsculas dentro del texto original. Resaltado fuera de él).*

*Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño; en esa dirección, la Sala ha precisado lo siguiente:*

*“En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente*

*hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado esta” (subrayado y negrilla fuera de texto original)*

En ese orden de ideas, debe la Sala precisar si normativamente las entidades demandadas se encontraban llamadas, o no, a cumplir con los deberes cuya inobservancia les achaca la parte actora iniciando por:

- **Atribución jurídica de responsabilidad al Municipio de Santiago de Cali, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

Del acervo probatorio enlistado con anterioridad se encuentra probado que como producto de la desatención de las autoridades públicas demandadas a las losas que recubren el servicio de alcantarillado, del que se sirve la población vecindada en cercanía a “*los canales ferrocarriles*” aledaños a la Galería de Santa Elena, los vendedores ambulantes y los transeúntes que se valen del comercio y del paso peatonal para recorrer la ciudad, se causaron unos daños al señor Herrera Tovar al caer a las aguas servidas precisamente por su falta de mantenimiento y que dicha obligación legal radica en cabeza del Estado Colombiano.

Sobre este punto, a Constitución Política de 1991, establece:

**“ART. 311. Al Municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.**

**“ART. 313. Corresponde a los concejos: ...2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas. (...).**

**“ART. 315. Son atribuciones del alcalde: ... 2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. (...)**

**3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes (...).**

**Igualmente el Alcalde, como primera autoridad administrativa en el municipio, está en la obligación, como administrador, de evitar las situaciones que perturben la seguridad, tranquilidad y salubridad de los habitantes de su jurisdicción, para lo cual, concretamente en los casos de obras e infraestructuras realizadas sobre el espacio público, deberá tomar las medidas preventivas necesarias para garantizar la seguridad de los transeúntes e incluso puede ordenar la suspensión de las obras que**

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

*no cumplan con los requisitos constructivos o amenacen la seguridad de las personas o cosas.”(subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Lo anterior quiere decir, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.<sup>30</sup> Asimismo, señala que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

Respecto de la competencia del Municipio de Santiago de Cali, el artículo 311 Superior, resalta que les corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y la Ley.

Por su parte, el artículo 367 ibidem, señala que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad, financiación, el régimen tarifario, los criterios de costos, los de solidaridad, redistribución de ingresos y advierte que los servicios públicos domiciliarios deberán prestarse directamente cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

En este orden de ideas, el artículo 315 numeral 3° de la Carta Política preceptúa que les compete a los alcaldes, entre otras, dirigir la acción administrativa del municipio y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios que se encuentran a su cargo. Así las cosas, en desarrollo de los anteriores preceptos, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994, la cual se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil, entre otros.

El artículo 5 de dicha normativa estableció la competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos, disponiendo que le corresponde:

---

<sup>30</sup> ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

*“5.1 asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, **alcantarillado**, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.”*

En un mismo sentido, el artículo 3° de la Ley 136 de 1994 establece como funciones del municipio, entre otras, *“las de 1) administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley; y 2) solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, **servicios públicos domiciliarios**, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley.”*

Por otra parte, el artículo 8° de la Ley 388 de 1997 determinó que la función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Señala dicha normativa que son acciones urbanísticas, entre otras las de:

*“ 1) Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; y*

*2) Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, **los servicios públicos domiciliarios** y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes.”*

Asimismo, el artículo 15 ídem dispone que pueden prestar servicios públicos:

*“1) **Las empresas de servicios públicos;***

## SIGCMA

- 2) *Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;*
- 3) **Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley;**
- 14) *Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas;*
- 5) *Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley; y*
- 6) **Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo.” (negrilla fuera de texto original).**

De manera concreta, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, señala que corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes, la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

Ahora bien, el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 142 de 1994 mediante el Decreto 302 de 200030, el cual consagra las normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo.

Sobre el servicio público domiciliario de alcantarillado el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° del Decreto Nacional 229 de 2002, señala:

*“Glosario. Para la aplicación del presente Decreto se definen los siguientes conceptos.*

*3.1 Acometida de acueducto. Derivación de la red local de acueducto que se conecta al registro de corte en el inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios la acometida llega hasta el registro de corte general.*

*3.2 Acometida de alcantarillado. Derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local.*

3.3 *Acometida clandestina o fraudulenta. Acometida o derivación de acueducto o alcantarillado no autorizada por la entidad prestadora del servicio.*

3.4 *Asentamiento subnormal. Es aquel cuya infraestructura de servicios públicos domiciliarios presenta serias deficiencias por no estar integrada totalmente a la estructura formal urbana. (...)*

3.6 *Conexión. Ejecución de la acometida e instalación del medidor de acueducto.*

3.7 *Conexión errada de alcantarillado. Todo empalme de una acometida de aguas residuales sobre la red local de aguas lluvias o todo empalme de una acometida de aguas lluvias sobre la red local de aguas residuales. (...)*

3.9 *Caja de inspección. Caja ubicada al inicio de la acometida de alcantarillado que recoge las aguas residuales, lluvias o combinadas, de un inmueble, con sus respectivas tapas removibles y en lo posible ubicadas en zonas libres de tráfico vehicular.*

3.10 *Derivación fraudulenta. Conexión realizada a partir de una acometida, o de una red interna o de los tanques de un inmueble independiente, que no ha sido autorizada por la entidad prestadora del servicio. (...)*

3.15 *Independización del servicio. Nuevas acometidas que autoriza la entidad prestadora del servicio para atender el servicio de una o varias unidades segregadas de un inmueble. Estas nuevas acometidas contarán con su propio equipo de medición previo cumplimiento de lo establecido en el reglamento interno o en el contrato de condiciones uniformes. (...)*

(...)

3.18 *Instalaciones domiciliarias de alcantarillado del inmueble. Conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de tratamiento, evacuación y ventilación de los residuos líquidos instalados en un inmueble hasta la caja de inspección que se conecta a la red local de alcantarillado.*

3.19 *Instalaciones legalizadas. Son aquellas que han surtido todos los trámites exigidos por la entidad prestadora de los servicios públicos y tiene vigente un contrato de condiciones uniformes. Tienen medición bien sea individual o colectiva, la cual se realiza periódicamente, y su facturación depende de la medición realizada. Estas pueden estar clasificadas en estratos socioeconómicos para los usuarios residenciales y en sectores para los usuarios no residenciales.*

3.20 *Instalaciones no legalizadas. Son aquellas que no han cumplido con todos los requisitos exigidos por la entidad prestadora de los servicios públicos y que pueden o no tener medición individual. (...)*

3.28 Red interna. Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público de acueducto al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere.

3.29 Red pública. Conjunto de tuberías, accesorios y estructuras que conducen el agua desde el tanque de almacenamiento o planta de tratamiento hasta los puntos de consumo.

(...)

3.31 *Red local de alcantarillado sanitario. Conjunto de tuberías y accesorios que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas residuales de una comunidad y el cual descargan las acometidas de alcantarillado de aguas residuales de los inmuebles.*

3.32 *Red local de alcantarillado pluvial. Conjunto de tuberías y canales que conforman el sistema de evacuación de las aguas lluvias de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de aguas lluvias de los inmuebles, y al que se deben conectar los sumideros pluviales dispuestos en vías y zonas públicas.*

3.33 *Red local de alcantarillado combinado. Conjunto de tuberías y canales que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias y*

*residuales de una comunidad y el cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles.*

*3.34 Red matriz. Conjunto de tuberías y equipos accesorios que conforma la malla principal de servicio de acueducto de una población y que transporta el agua procedente de la planta de tratamiento a los tanques de almacenamiento o tanques de compensación. (...)*

*3.36 Servicio comercial. Es el servicio que se presta a predios o inmuebles en donde se desarrollan actividades comerciales de almacenamiento o expendio de bienes, así como gestión de negocios o ventas de servicios y actividades similares, tales como almacenes, oficinas, consultorios y demás lugares de negocio.*

*3.37 Servicio residencial. Es el servicio que se presta para el cubrimiento de las necesidades relacionadas con la vivienda de las personas. (...)*

*3.39 Servicio industrial. Es el servicio que se presta a predios o inmuebles en los cuales se desarrollen actividades industriales que corresponden a procesos de transformación o de otro orden,*

*3.40 Servicio oficial. Es el que se presta a las entidades de carácter oficial, a los establecimientos públicos que no desarrollen permanentemente actividades de tipo comercial o industrial, a los planteles educativos de carácter oficial de todo nivel; a los hospitales, clínicas, centros de salud, ancianatos, orfanatos de carácter oficial.*

*3.41 Servicio público domiciliario de acueducto o servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También forman parte de este servicio las actividades complementarias tales como captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento y transporte.*

*3.42 Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección de residuos, principalmente líquidos y/o aguas lluvias, por medio de tuberías y conductos. Forman parte de este servicio las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos. (...)*

*3.47 Suscriptor. Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos.*

Así mismo, el artículo 7° del mismo Decreto prescribe que para obtener la conexión del servicio de alcantarillado, los inmuebles deben cumplir los siguientes requisitos:

*(...)*

- 1) Estar ubicados dentro del perímetro de servicio, tal como lo dispone el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley 388 de 1997;*
- 2) Contar con la Licencia de Construcción cuando se trate de edificaciones por construir, o la cédula catastral en el caso de obras terminadas;*
- 3) Estar ubicados en zonas que cuenten con vías de acceso o espacios públicos y redes de acueducto o alcantarillado requeridas para adelantar las redes locales y las conexiones domiciliarias que permitan atender las necesidades del inmueble;*
- 4) Estar conectados al sistema público de alcantarillado, cuando se pretenda la conexión al servicio de acueducto, salvo lo establecido en el artículo 4°. de este Decreto;*
- 5) Contar con un sistema de tratamiento y disposición final adecuada de aguas residuales debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente, cuando, no obstante, ser usuario o suscriptor de la red de acueducto, no existe red de alcantarillado en la zona del inmueble;*
- 6) Los usuarios industriales y/o especiales de alcantarillado que manejen productos químicos y derivados del petróleo deberán contar con un plan de contingencia que garantice que bajo ninguna condición se corre el riesgo de que estas sustancias lleguen al sistema público de alcantarillado;*

*7) La conexión al sistema de alcantarillado de los sótanos y semi-sótanos podrá realizarse previo el cumplimiento de las normas técnicas fijadas por la entidad prestadora de los servicios públicos;*

*8) Contar con tanque de almacenamiento de agua cuando la Entidad Prestadora de Servicios Públicos lo justifique por condiciones técnicas locales. Los tanques de almacenamiento deberán disponer de los elementos necesarios para evitar los desperdicios y la contaminación del agua y deberán ajustarse a las normas establecidas por la entidad; y*

*9) En edificaciones de tres (3) o más pisos, contar con los sistemas necesarios para permitir la utilización eficiente de los servicios.*

*(...)"*

El conjunto normativo al cual se hace referencia en el pronunciamiento citado permite determinar, que el mantenimiento de las zonas de uso peatonal que recubren las conexiones subterráneas del alcantarillado, en tanto hacen parte del sistema de servicios públicos domiciliarios, constitucionalmente se encuentran en cabeza de la entidad territorial. Luego entonces, dentro de sus funciones no solo estaba establecer los planes y proyectos por medio de los cuales se materializaría la prestación de dichos servicios, sino también supervisar el adecuado cumplimiento de las labores de cuidado y mantenimiento que prorrogaría en el tiempo la efectividad de esta clase de obras al servicio público, hecho este, que parece olvidado por el ente territorial al contestar la demanda, al considerar que la responsabilidad del cuidado y conservación de estas losas radicaba de manera exclusiva en las empresas municipales contratadas para el cumplimiento de dichos fines.

A su vez, observa la Sala, que el planchón que cedió y provocó los hechos que se estudian en el presente proveído, no solo tenía la función de recubrir los canales de la red de alcantarillado, de la cual se deriva la responsabilidad de EMCALI EICE ESP, sino que, por su ubicación, este segmento hacía parte del paso peatonal de zona y como se señaló inicialmente es un punto de referencia de la ciudad para la distribución de productos comestibles, lo cual convoca de forma masiva uso y disposición y ameritaba por parte del municipio mayor atención de la que se advierte brindaba.

Al proceso compareció el señor Efraín Torres Valencia, Jefe del Departamento de Recolección de EMCALI EICE ESP área encargada del mantenimiento de las redes de alcantarillado, al rendir su testimonio frente a la destinación que se le estaba dando al planchón, contestó: *"tengo entendido que este planchón fue construido por la alcaldía municipal de la época para la reubicación de los vendedores ambulantes aledaños a la galería (...) hace que las labores de mantenimiento sean más*

*dispendiosas, al tener que ingresar equipos por debajo del planchón para poder retirar el material depositado en el sector (...)*

En los mismos términos se pronunció el testigo Isaac Antonio Riascos Gómez sobre la ocupación del planchón en el lugar de los hechos. Al respecto indicó que (...) *hay kioscos donde venden cervezas, donde venden chatarra y taller de bicicletas, pero al lado de la treinta y dos más que todo...*"

El testigo Héctor Lucio Franco, del Comité Local de Emergencias Clopad, al ser cuestionado sobre si conoció los motivos por los que el señor Herrera Tovar cae al caño respondió: "*Tengo entendido que es un planchón, eso está entamborado y entonces creo que flaqueó una placa de esas y se fue allá, al parecer la plaqueta estaba en mal estado, allá hay vendedores ambulantes es el planchón de Santa Elena.*"

Razón por la cual, se encuentra probada tanto la multiplicidad de usos que se venía dando al "*Planchón de Santa Elena,*" como el descuido al que venía siendo sometido por parte del gobierno local, incumpliendo así, con la responsabilidad de brindar mantenimiento a los andenes y a los elementos de protección de las redes de alcantarillado que deben ubicarse en las vías públicas destinadas a la circulación de personas o de vehículos.

Resulta abiertamente reprochable que la administración pública le exija al ciudadano pericia para esquivar huecos y alcantarillas en mal estado cuando el ordenamiento constitucional contempla los servicios públicos dentro de las finalidades sociales del Estado y radica en cabeza suya la obligación de asegurar su prestación eficiente. Son los ciudadanos quienes tienen el derecho a exigir de la administración el cumplimiento de dicho postulado, lo que en este evento se concreta en la demanda del buen estado de las vías, es decir que el municipio y EMCALI son las obligadas constitucional y legalmente a mantener en buen estado las vías y el sistema de alcantarillado, respectivamente.

- **Atribución jurídica de responsabilidad al EMCALI EICE ESP, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

De las pruebas documentales aportadas al plenario, se encuentra probado que el señor Herrera Tovar, el día 22 de octubre de 2008, a eso de las 6:40 de la tarde,

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

saliendo de su lugar de trabajo rumbo al domicilio de su madre sufrió un accidente al desplomarse uno de los planchones construidos sobre el espacio público que precisamente cubrían los canales de aguas lluvias que comunican al Municipio de Cali entre la Carrera 26 y 50 de la ciudad, en el punto conocido por los vecinos del sector, como canal de Santa Elena.

En relación con las obligaciones a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Cali, en el marco normativo vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos que dieron lugar a la iniciación del presente proceso, es decir para el 22 de octubre de 2008, la Ley 142 de 1994, no podemos olvidar que las redes de alcantarillado que debían discurrir por la vía pública soterradamente, según lo precisa el artículo 26 de la Ley 142 en cita, incluyendo el medidor y el habitáculo que lo protege, así como su conservación y mantenimiento hacen parte de la responsabilidad delegada por el gobierno local a la o las empresas de servicios públicos respectiva, en este caso EMCALI EICE ESP, por lo tanto, su omisión implica la aceptación de la responsabilidad derivada de los daños atribuibles a defectos o fallas en la construcción, funcionamiento o mantenimiento de las referidas redes.

Lo anterior, teniendo en cuenta que a folios 218 al 241 del cuaderno principal, reposa el Acuerdo No. 14 del 26 de diciembre de 1996 expedido por el Consejo Municipal de Santiago de Cali, *“por medio del cual se dictan disposiciones en relación con la transformación de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI en empresa industrial y Comercial del Municipio, se autoriza la constitución de unas sociedades de servicios públicos oficiales y se dictan otras disposiciones,”*

### **“CONSIDERANDO**

*Que mediante Acuerdo No. 50 de 1961, modificado por los Acuerdos No. 82 DE 1987 y 21 de 1996, el Honorable Consejo de Municipal de Santiago de Cali, creó y reguló el Establecimiento Público de propiedad del Municipio EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI en “EMCALI” el cual tiene a su cargo la prestación de algunos servicios públicos;*

*Que el párrafo 1º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, ordena la transformación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituidas como entidades descentralizadas del orden territorial, en sociedades por acción o en empresas industriales y comerciales del Estado;*

*Que es competencia de los Municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el asegurar que estos se presten a su habitante de manera eficiente por empresas de servicios públicos;*

(...)

*Que, con el propósito de lograr el mayor cubrimiento, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en la ciudad de Cali y su área de influencia, resulta conveniente contar con una organización empresarial especializada en la promoción, apoyo y planificación de empresas de servicios públicos domiciliarios;*

(...)

**ACUERDA:**

**CAPITULO I**

**ARTICULO 1.-PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.** *Los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía pública básica conmutativa, acueducto y alcantarillado, así como los servicios y actividades conexas y complementarias y la relacionadas e inherentes a éstos que actualmente tiene a su cargo el establecimiento público Empresas Municipales de Cali-EMCALI, (...)*

(...)

**CAPITULO II**

**ARTICULO 8.-DURACIÓN: EMCALI EICE** *tendrá una duración de 99 años contados a partir del 01 de enero de 1997.*

**CAPITULO IV**

**ARTICULO 23.-OBJETO:** *el objeto al que se refiere este acuerdo será la prestación del servicio público que se señale en los estatutos, entre los cuales deberá incluirse en cada caso, el que en la actualidad este a cargo de EMCALI, así como desarrollar las actividades complementarias (...)*

- e) *Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Cali S.A. E.S.P., tendrá como objeto principal la distribución de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición, así como la captación del agua y sus procesamientos, tratamientos, almacenamientos, conducción y transporte, y la recolección de suministros generalmente líquidos, por medio de tuberías, conductos y canales y el tratamiento de aguas residuales. El mantenimiento y el control de los canales y conductos que utilice para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias estarán a su cargo. (...)*

Desde dicha perspectiva, aun cuando el canal sobre el cual ocurrieron los hechos, fuera conocido como “canal Santa Elena”, por su cercanía a la plaza de mercado la disposición final de los residuos que a través de él se transportaba fue asignada por el Municipio de Santiago de Cali a las Empresas Municipales de Cali, como se determinó en el acuerdo citado, por lo tanto, al ser construida para fines de uso público, su mantenimiento y adecuación salió de la esfera privada para hacer parte de la red local de canales de aguas servidas de EMCALI, y siendo que la acometida tiene entre sus funciones recubrir dicho canal es inescindible su responsabilidad.

## SIGCMA

Entre las afirmaciones del testigo del jefe del Departamento de Recolección de EMCALI EICE ESP, encargado del mantenimiento de las redes de alcantarillado, está que: *"el planchón no hace parte de la estructura hidráulica del canal,"* y que *"(...) las labores de mantenimiento son más dispendiosas, al tener que ingresar equipos por debajo del planchón para poder retirar el material depositado en el sector(...)."* Frente a lo primero, es importante señalar, que al realizar una interpretación sistemática de las obligaciones que le corresponden a EMCALI EICE ESP, se tiene que, si bien es cierto, el planchón no hace parte del sistema hidráulico, la acometida cumple una función en su favor, pues permite la preservación del canal evitando el acceso de residuos sólidos o su manipulación, constituyendo un elemento conexo o complementario.

A lo segundo, este Tribunal no considera su respuesta como un argumento válido para omitir el mantenimiento del canal o del habitáculo que lo recubre, que para el caso estaba conformado por las losas que integran el planchón, pues, como entidad encargada del cuidado de la red de alcantarillado contaba con los recursos físicos (técnicos e industriales) y humanos para disponer de la acometida y cumplir con las obligaciones asignadas, o por lo menos informar dicha imposibilidad a la administración pública, para demostrar que adelantó las gestiones tendiente a evitar la consumación del daño, pero ello no fue alegado en el contradictorio.

Cabe agregar que, con las pruebas testimoniales recaudadas, se demostró que dicha ruta era utilizada con frecuencia incluso por la víctima y que la misma carecía de señalización vial que advirtiera el mal estado en el que se encontraba o la intención de las autoridades competentes de realizar próximamente su inspección y mantenimiento.

De allí, que no solo se encuentre probado que la vía donde resultó lesionado el actor se encontraba en mal estado, sino también, ausente de las señales de tránsito pertinentes, a fin de alertar el estado de peligro en el que se encontraba el planchón, de tal suerte, que los transeúntes guardaran mayor cuidado al paso o evitaran su uso frecuente, pues tal como se determinó en la instancia anterior se trata de un punto de amplia circulación.

Conducta omisiva que de igual forma debe ser atribuida a las autoridades locales quienes por descuido no se percataron del riesgo inminente que representaba el uso y abuso de las losas del sector, siendo un sitio tan importante para la ciudad,

ya que estaba ubicado a pocos pasos de uno de los mayores centros de aprovisionamiento de alimentos para un grupo considerable de la comunidad.

En este punto, no existe la menor hesitación sobre la responsabilidad del Municipio de Santiago de Cali y de la empresas prestadoras de servicios públicos de Cali-EMCALI EICE, en el sentido, de que los municipios tienen legal y reglamentariamente atribuida la función de velar por la conservación y el sostenimiento de las vías públicas<sup>31</sup> destinadas a la circulación de personas, vehículos o cosas, la cual, tratándose de los elementos que hacen parte de las redes de acueducto y alcantarillado ubicados en dichas vías, concurre con la correspondiente responsabilidad atinente a la empresa o entidad que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio; entre éstas últimas (en su caso) y la entidad territorial respectiva, resulta insoslayable la observancia. Por otra parte, del imperativo constitucional y legalmente impuesto a todas las entidades administrativas consistente en coordinar adecuadamente sus actuaciones con miras a propender por la satisfacción de los intereses generales, como con claridad lo prevén los artículos 209 superior y 6º de la Ley 489 de 1998.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Ley 9ª del 11 de enero de 1989 <sup>(32)</sup>, de Reforma Urbana, “ART. 2º—El artículo 34 del Decreto-Ley 133 de 1986 (CRM) quedará así:

Los planes de desarrollo incluirán los siguientes aspectos: ...

2. Un Plan Vial, de Servicios Públicos y de Obras Públicas....

“ART. 5º—**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...”.

Según lo señala el Código Nacional de Tránsito Terrestre: El Decreto-Ley 1344 de agosto 4 de 1970( 29) ) (Código Nacional de Tránsito Terrestre), expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 8ª de 1969, modificado por el Decreto-Ley 1809 de agosto 6 de 1990( 30) ), proferido con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 53 de 1989, dispuso:

“ART. 1º—Las normas del presente código rigen en todo el territorio nacional y regulan la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que estén abiertas al público.

El tránsito terrestre de personas, animales y vehículos por las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades, para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes.

“ART. 2º—Para la interpretación y aplicación del presente código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

ACERA O ANDÉN: Parte de vía destinada exclusivamente al tránsito de peatones. (...).

CALLE O CARRERA: Vía urbana de tránsito público, que incluye toda la zona comprendida entre los linderos frontales de propiedad. (...).

VÍA: Zona de uso público o privado abierta al público destinada al tránsito de vehículos, personas y/o animales”.

<sup>32</sup> “ART. 209. CN.—La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En este sentido, se encuentra probada la imputación jurídica del daño a las dos entidades demandadas a título de falla del servicio, por cuanto una vez analizadas las funciones que el ordenamiento le ha atribuido a cada una de ellas, la Sala halló acreditada la inobservancia (omisión) del mismo por ambas entidades, situación que conlleva a la configuración de un suceso de responsabilidad solidaria originado en virtud de la ley, específicamente del artículo 2344 del Código Civil, según el cual, en asuntos como el aquí analizado se origina una obligación solidaria<sup>33</sup> en tanto la mencionada norma estableció que en los eventos en que el daño es causado por dos o más personas, éstos son responsables solidariamente ante el acreedor (solidaridad pasiva<sup>34-35</sup>).

*“Artículo 2344. Responsabilidad Solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350<sup>36</sup> y 2355<sup>37</sup>”.*

**- Atribución jurídica de responsabilidad de la Asociación de Concesionarios de la Plaza de Mercado de Santa Elena-**

---

**Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.**

"ART. 6° L. 489/98—Principio de coordinación. **En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.**

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y **se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.**

PAR.—A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo de esta ley y en cumplimiento del inciso 2° del artículo de la Constitución Política **se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector**" (resalta la Sala)

<sup>33</sup> Muchas son las clasificaciones que han efectuado la doctrina y la jurisprudencia para diferenciar las obligaciones. Al respecto, la legislación civil, contentiva del régimen de obligaciones acogido por el ordenamiento jurídico colombiano, estatuyó una larga clasificación de las mismas, así contempló, las obligaciones civiles y naturales, las condicionales o modales, las sometidas a plazo, las alternativas, las facultativas, las de género, las conjuntas y las obligaciones solidarias o in solidum, estas últimas en las cuales, el acreedor, por virtud de una convención, un testamento o de la ley, puede exigir el total de la deuda a cualquiera de los deudores.

<sup>34</sup> Se presenta la solidaridad pasiva cuando dicho fenómeno recae sobre el sujeto pasivo de la relación jurídica obligacional, esto es, sobre la parte deudora.

<sup>35</sup> Contrario sensu, se presenta la solidaridad activa cuando ella aparece en el sujeto activo de la relación jurídica obligacional, esto es, sobre la parte acreedora.

<sup>36</sup> Artículo 2350. Responsabilidad por Edificio en Ruina. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

<sup>37</sup> Artículo 2355. Responsabilidad por cosa que cae o se arroja del edificio. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

**ASOSANTAELENA, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

De lo anterior se desprende, la exclusión de la relación jurídico sustancial de la conjuntamente demandada Asociación de Concesionarios de la Plaza de Mercado de Santa Elena-ASOSANTAELENA, toda vez, que se encuentra probada la relación existente entre la Galería Santa Elena y el Municipio de Cali, cuyo objeto se contrae al uso, administración y manejo del espacio público en los límites que comprende la plaza de mercado, los cuales lindan: “*por el oriente, con terrenos pertenecientes a los ferrocarriles nacionales vía Cali- Popayán, al occidente, con calle 18, al sur, con carrera 32 y al norte, con terrenos de propiedad de Argemiro Aguirre*”; con el fin de asegurar la provisión y abastecimiento de alimentos, conforme el mapa anexo<sup>38</sup> que demuestra el punto específico del accidente esta por fuera de la propiedad asignada a la plaza de mercado.

Convenio este, suscrito el 01 de mayo de 2009, entre el representante legal de ASOSANTAELENA y el Alcalde Municipal de la época, Jorge Iván Ospina Gómez el que se establece entre otros aspectos los siguientes:

*“DECIMA PRIMERA: que las plazas de mercado son un servicio público que se presta en un espacio igualmente, publico a la luz del No. 7 del artículo 313 Constitucional, concordante con el artículo 5 de Ley 9 de 1989, “Entendiéndose 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. DECIMA SEGUNDA: que la misión de las Plazas de mercado consiste en suministrar los productos básicos de consumo doméstico con garantía de la libre competencia, para la satisfacción de todas y cada una de las familias que integran la comunidad caleña, en condiciones óptimas de calidad, costo, accesibilidad, oportunidad e inocuidad, con respeto de las normas sanitarias y ambientales y de la entidad cultural y cumpliendo el objeto de brindar a la ciudadanía la seguridad alimentaria. DÉCIMO TERCERA: Que de conformidad con la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones,” **el servicio público que prestan las plazas de mercados no se concibe como servicio público domiciliario, (...) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 39 de la mencionada ley. DÉCIMO QUINTA: Que el presente convenio se regirá por las siguientes cláusulas** CLAUSULA PRIMERA: OBJETO por medio del presente convenio las partes se asocian con el fin de garantizar el suministro de los productos básicos de consumo doméstico para satisfacer las necesidades de todas y cada una de las familias que integran la comunidad caleña en condiciones óptimas de calidad, costo, accesibilidad oportunidad e inocuidad. SEGUNDA OBLIGACIONES 1.- DEL MUNICIPIO (...) e.- Adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del convenio, **las condiciones técnicas**, económicas y financieras existentes al momento de la firma del presente convenio. F.- realizar los trabajos necesarios*

<sup>38</sup> Folio 172 del cuaderno principal

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

*que permitan medir en forma independiente el consumo de los servicios de (...) DE LA ASOCIACIÓN c. cancelar a las empresas de servicios públicos los valores mensuales que correspondan a los servicios de telefonía, acueducto, alcantarillado, energía y aseo interno. (...)"*

Así mismo, se encuentra probada la relación de usuaria de la plaza de Santa Elena respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como quiera que, entre las obligaciones adquiridas por el Municipio está la de individualizar dichos sistemas para facilitar su cobro y de la Asociación, la obligación de asumir los respectivos pagos.

Razón por tal razón, se declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la **Plaza de Mercado de Santa Elena-ASOSANTAELENA**.

Por otro lado, se observa que tanto el Municipio de Santiago de Cali como la compañía de Seguro Previsora S.A., proponen como excepción de fondo la que denominan **culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad** en relación con los hechos ocurridos el 22 de octubre de 2008 en la ciudad Cali. Arguyen que si la víctima no hubiera estado bajo los efectos del alcohol al momento de sufrir el accidente fácilmente hubiera visto alguna señal que indicara el peligro inminente y evitar el daño. En consecuencia, concluyen que fue el exceso de confianza y la ingesta de alcohol lo que provocó que, sin justificación alguna, que este cayera en el canal de Santa Elena.

Sabido es que las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad constituyen diversos eventos que dan lugar a que resulte imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo, sin embargo invocar cualquiera de estas causales impone al demandado deberes, cargas y obligaciones que de no ser cumplidas conllevan al despacho desfavorable de su petición.

Para la prosperidad de la culpa exclusiva de la víctima como hecho eximente de responsabilidad, es necesario cumplir con el deber de justificar como el hecho humano aludido, causó de manera deliberada o involuntaria la materialización del daño y a su vez, probar que dicho hecho no solo existió, sino también, determinar en qué porcentaje insidió en el resultado, que para el caso sería la pérdida de la

capacidad laboral de un 36.30%, con origen en accidente común y con fecha de estructuración el 22 de octubre de 2008, del señor Herrera Tovar.

En el caso concreto, si bien se observa que el extremo pasivo de la litis al invocar la excepción cumplió con el deber de argumentarla, no cumplió con la carga de probar la razón de su dicho, es decir, como el comportamiento endilgado a la víctima dio crédito a la existencia de sus lesiones, pues la imprevisión del riesgo que implicaba caminar por una vía que él solía recorrer de manera habitual para ir a visitar a su madre luego de cumplir con su jornada laboral, no tiene otra causa diferente a la ausencia de señal de peligro, que tal como refirieron los testigos en sus declaraciones brillo por su ausencia al momento de los hechos y ello en ninguna medida puede ser atribuido al señor Guillermo Herrera Tovar.

Adicionalmente, el artículo 167 del CGP, señala que: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Ciertamente tratándose de una causal eximente responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se encuentra acreditada la antijuridicidad del daño, resultará insuficiente la prueba indiciaria del hecho de un tercero o de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito para desvirtuar la imputación jurídica endilgada.

En ese estado de cosas, la anotación en el formulario de remisión de paciente al Hospital Universitario del Valle que reposa en la historia clínica No. 166960 del 22 de octubre de 2008 de la víctima, dejando constancia del aliento alcohólico<sup>39</sup> percibido por el galeno al momento de recibirlo, sin la prueba de beodez que lo acompaña, resulta insuficiente para concluir que la percepción del señor Herrera Tovar, se encontraba en tal estado de alteración por el consumo de alcohol que le impidió ver las señales naturales de desgaste en la losas que conforman el planchón y que fue debido a eso que cayó al caño de aguas servidas que pasa cerca de la plaza de Santa Elena, cuando no se acreditó el estado de embriagues de la víctima ni mucho menos que el planchón diera señales evidentes de que ese día iba a ceder, máxime cuando al paso le seguía otra persona, que es quien se percata de lo ocurrido y da las primera señales de auxilio.

---

<sup>39</sup> Folio 32 del cuaderno principal del expediente

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

Tampoco constituye prueba plena, la anotación visible en el reverso del folio 38 del cuaderno principal del expediente contentivo del registro de anotación de fecha 25 de octubre de 2008, que en el acápite de antecedentes preanestésico deja constancia de que se trata de un paciente que acepta que “*fuma e ingiere alcohol*”, por cuanto las pruebas deben ser valoradas entendiendo su sentido y su contexto, en esa oportunidad se trataba de determinar los antecedentes del paciente, en aras de programar el procedimiento a seguir, en ninguna medida permiten demostrar que el día de los hechos la víctima estaba inhabilitada para transitar la vía, más cuando esta actividad no es una actividad de riesgo. Las reglas de la lógica y la sana crítica nos indican que, si lo pretendido era dejar constancia del consumo previo del paciente, dicha anotación no estuviera seguida de la intervención quirúrgica correctiva correspondiente.

De conformidad con el artículo 2º del Código Nacional del Tránsito la embriaguez consiste en el “Estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo”, y en atención a la Resolución 414 de 2002 proferida por el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (22), ésta se puede determinar mediante prueba de Alcoholemia a través de la medición del contenido de etanol en sangre o examen clínico, en el cual, el médico debe realizar una entrevista al paciente y un examen físico donde se avalúan varios parámetros como: a) la conducta motriz, b) los signos vitales, c) el aspecto de la piel y mucosas, d) el aliento alcohólico, e) el estado de conciencia, orientación, atención, memoria, lenguaje, pensamiento, sensopercepción, inteligencia, juicio y raciocinio, introspección, f) la coordinación motora fina, g) el equilibrio y coordinación gruesa y h) la sensibilidad propioceptiva a través de pruebas de Romberg y de Nistagmus, que siempre concluirá con un resultado negativo o positivo de embriaguez y su grado.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Marco legal de la determinación del estado de embriaguez

Ley 938 de 2004, artículo 36 (15) , en el numeral 5º señaló que corresponde al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, definir los reglamentos técnicos que deben cumplir los distintos organismos y personas que realicen funciones periciales asociadas con medicina legal, ciencias forenses y ejercer control sobre su desarrollo y cumplimiento.

En atención al referido mandato legal, el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió la Resolución 414 de 2002 (16) —aclarada mediante Resolución 453 de 2002 (17) —, por medio de la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con los exámenes de embriaguez y de alcoholemia. La mencionada resolución en el artículo 1º, señaló lo siguiente:

“Resolución 414 de 2002, del Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses  
ART. 1º—Para determinar el estado de embriaguez alcohólica de una persona se podrán utilizar los siguientes procedimientos:

Sumado a lo anterior, las reglas de derecho procesal nos indican que las pruebas deben ser conducentes, pertinentes y útiles al proceso. En ese orden de ideas, dicha anotación resulta inconducente, impertinente e inútil para demostrar el grado de alcoholemia de la víctima, teniendo en cuenta que la historia clínica fue aportada por la parte demandante con el fin de demostrar las secuelas físicas que el accidente había le había provocado, intentar demostrar algo más se sale del *thema probandum*, por lo tanto, si lo que se quería era demostrar el consumo de alcohol y los efectos que ello había provocado le correspondía al Municipio y a la llamada en garantía aportar los elementos procesales idóneos para lograrlo.

Desde el punto de vista formal, cabe recordar que la jurisprudencia, ha establecido que dichas causales solo pueden tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, cuando la conducta desplegada por la víctima sea *“tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo,“*<sup>41</sup> es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.

El Consejo de Estado ha referido el concepto de causa eficiente del daño, en los siguientes términos:

*“La doctrina ha señalado que la causa eficiente es lo que se considera como fundamento u origen de algo; basta la verificación de la relación antecedente-consecuente para que pueda sostenerse que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado. No interesa en la consideración meramente física si el encadenamiento es próximo o remoto, cercano o alejado en el tiempo o en el espacio: basta que ocurra, que exista, que se dé. “Cualquier suceso natural o hecho humano es susceptible de generar repercusiones que se expanden por todo el ámbito social al entrelazarse con otros hechos o*

---

A. Por alcoholemia. La cual se obtiene de la medición de la cantidad de etanol en sangre y se expresa en mg de etanol /100 ml de sangre total. La correlación con la embriaguez, debe hacerse en todos los casos según lo estipulado en el artículo 2º de esta resolución.

PAR. (...)

B. Por examen clínico. Cuando no se cuente con métodos directos o indirectos de determinación de alcoholemia se realizará el examen clínico según el estándar forense establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.”.

<sup>41</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, Expediente No. 19.067.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

*acontecimientos que son, a su vez, consecuencia de sucesos anteriores. Esta expansión en el espacio y en el tiempo ocurre en círculos concéntricos, parecidos a los que produce una piedra al caer en el agua tranquila de un estanque; cuanto más alejados están del lugar del impacto, más débiles o imperceptibles se tornan por lo regular tales efectos".<sup>42</sup> (La Sala)*

Lo que significa que determinado comportamiento da crédito a la existencia de otro; luego la causa material (los resultados del accidente) tiene origen en la causa eficiente como antecedente que de manera eficaz y autónoma contribuye a la realización del hecho, en este caso la pluralidad de lesiones causadas a la víctima.

En este punto, es importante precisar que durante el iter procesal no se demostró que la conducta de la víctima constituyera **la causa del daño o la raíz determinante del mismo**, por cuanto el daño antijurídico imputado era perfectamente previsible tanto para la entidad territorial como para las Empresas de servicios públicos domiciliarias de Cali, al ser el deterioro de la placa de cemento que recubría el canal de aguas residuales una consecuencia lógica derivada de la falta de mantenimiento de la acometida, que con el paso del tiempo y el uso y abuso de la estructura perdió rigidez quedando propensa a ceder ante el menor estímulo pudiendo causar un daño tal como ocurrió por omisión en el cumplimiento de deberes constitucionales y legales.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que las entidades demandadas, tanto el Municipio de Santiago de Cali como EMCALI E.I.C.E, fallaron en la prestación de los servicios públicos a su cargo. El municipio porque omitió mantener y conservar en buen estado las superficies, (andenes, vías, etc.) de uso público de la ciudad, concretamente la ubicada en la calle 26 entre carrera 24 y 50; así, como asegurar el óptimo cumplimiento del servicio público de alcantarillado a través de la supervisión y vigilancia de continua de la entidad delegada; y EMCALI E.I.C.E porque omitió el cumplimiento de su función de conservación y mantenimiento de los servicios públicos de alcantarillado y, concretamente del lugar de los hechos.

En conclusión, la Sala encontró plenamente acreditada la imputación fáctica y jurídica del daño a las entidades públicas demandadas, sin que se acreditara la

---

<sup>42</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005) Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00151-01(14699)

configuración de un hecho exclusivo de la víctima que los eximiera de responsabilidad. En consecuencia, se declarará la responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali y EMCALI E.I.C.E., por las lesiones padecidas por el señor Guillermo Herrera Tovar, en el accidente de tránsito ocurrido el día 22 de octubre 2008, sobre el planchón de Santa Elena, por las razones ya expuestas.

**De los perjuicios**

Según se acreditó en el presente asunto, el daño que se imputó a la entidad demandada se produjo por las lesiones padecidas por el señor Guillermo Herrera Tovar, en las circunstancias descritas en la parte considerativa de este proveído, todo lo cual, produjo segundo afirman los demandantes, una serie de perjuicios que debe ser indemnizados a saber:

<b>Perjuicios</b>	<b>demandante</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Valor reclamado</b>
<i>Morales</i>	<i>Guillermo Herrera Tovar</i>	Víctima	\$30.000.000.
	<i>Tatiana Herrera Tovar</i>	Hermana	\$30.000.000.
	<i>Nancy Herrera Tovar</i>	Hija	\$30.000.000.
	<i>Lili Fernanda Díaz Hernández</i>	Hijastra	\$30.000.000.
	<i>Felicinda Tovar</i>	Madre	\$30.000.000.
<i>Materiales</i>	<i>Guillermo Herrera Tovar</i>	Víctima	\$100.000.000
<i>Daño a la vida en relación</i>	<i>Guillermo Herrera Tovar</i>	Víctima	\$50.000.000
	<i>Tatiana Herrera Tovar</i>	Hermana	\$50.000.000
	<i>Nancy Herrera Tovar</i>	Hija	\$50.000.000
	<i>Lili Fernanda Díaz Hernández</i>	Hijastra	\$50.000.000
	<i>Felicinda Tovar</i>	Madre	\$50.000.000

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

<i>Perjuicios estéticos</i>	<i>Guillermo Herrera Tovar</i>	Víctima	\$55.000.000
---------------------------------	------------------------------------	---------	--------------

La Sala procederá a su estudio a continuación:

- **Perjuicios morales**

En relación con los daños causados por la muerte y/o la lesión de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de las víctimas han sufrido un perjuicio de orden moral; para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, permite inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.

En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de una persona.

La tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, cabe recordar que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 establece: *“para el efecto, se fijara como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que estas se hallen respecto al lesionado.”*

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de lesión se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
 Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
 Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
 Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## **SIGCMA**

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En el presente caso, se encuentra probado el daño moral respecto de los actores Guillermo Herrera Tovar en su calidad de víctima, su menor hija Tatiana Herrera Tovar, su hermana Nancy Herrera Tovar, y su madre Felicinda Tovar<sup>43</sup> como quiera que obran los respectivos registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula con la víctima directa.

Respecto a su hijastra Lili Fernanda Díaz Hernández, obra en el expediente a folio 123 del cuaderno principal, declaración extrajuicio dada por el señor Guillermo Herrera Tovar y la señora Limbania Hernández Vásquez, expresando que conviven en unión libre desde hace más de 15 años que la señora Limbania Hernández Vásquez quien tiene una hija de 18 años Lili Fernanda Díaz Hernández, procrearon una hija Tatiana y los dos se encargan de velar por el sostenimiento y manutención del hogar.

Igualmente reposan las declaraciones testimoniales de los señores Issac Antonio Riascos Gómez y Marco Lelio Rodríguez Herrera sobre la filialidad de Lili Fernanda Díaz Hernández y la víctima quienes tenían una relación propia de padre e hija. En consecuencia, se encuentra probado el daño moral de la señora Lili Fernanda Díaz Hernández.

De la gravedad de la lesión, obra en el expediente las conclusiones de la valoración realizada a la víctima, por la Junta Regional de Calificación de invalidez del Valle del Cauca, determinando las secuelas del accidente ocurrido el 22 de octubre de 2008, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, considerando la documentación aportada y la evaluación y análisis realizado, la cual califica como total de la pérdida de la capacidad laboral del señor Guillermo Herrera Tovar identificado con la C.C. 16.696.096, en un 36.30%, con origen en accidente común y con fecha de estructuración el 22 de octubre de 2008, día del evento. <sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Folios 17 al 22 del cuaderno principal del expediente.

<sup>44</sup> Folio 440-449 del cuaderno principal No.2

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

Teniendo en cuenta que la gravedad de la lesión del actor es mayor el 30% pero inferior al 40%, y que su núcleo familiar se ubica en el primer grado de parentesco les correspondería por concepto de indemnización por perjuicios morales, la suma de 60 SMLMV para cada uno de los lesionados del núcleo familiar, tal como se observa en la siguiente tabla:

<b>Perjuicios</b>	<b>Demandante</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Valor reconocido</b>
<i>Morales</i>	Guillermo Herrera Tovar	Víctima	60 SMLMV
	Felicinda Tovar	Madre	60 SMLMV
	Nancy Herrera Tovar	Hija	60 SMLMV
	Lili Fernanda Díaz Hernández	Hijastra	60 SMLMV
	Tatiana Herrera Tovar	Hermana	30 SMLMV

### Daño a la Salud

La parte demandante solicita por concepto de daño a la vida en relación el reconocimiento y pago en favor de los demandantes la suma de \$ 50.000.000 de pesos, y por perjuicios estéticos la suma de \$55.000.000 de pesos en favor de la víctima directa, sin embargo, estos conceptos vienen siendo entendidos como la compensación económica por los daños ocasionados a la salud de quien ha padecido en razón a un hecho reprochable lesiones que lo compromete física y psicológicamente.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

*“- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales. - La edad. - El sexo. - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. - Las demás que se acrediten dentro del proceso.”*

En armonía con lo anteriormente expuesto, siendo necesaria la prueba que certifique el porcentaje de invalidez sufrido por la víctima para determinar la gravedad de la lesión como se expone en la tabla, para la liquidación de este concepto, la Sala condenará al Municipio de Santiago de Cali y a EMCALI EICE

ESP, al pago de la suma de 60 SMMLV, en favor del señor Guillermo Herrera Tovar, quien de conformidad con lo probado es la víctima directa de los daños ocasionados el 22 de octubre de 2008.

### **Perjuicios materiales**

Frente a la modalidad de **daño emergente**, cabe recordar que este tipo de perjuicio material consiste en la pérdida efectiva -pasada, presente o futura- de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. Que en el caso concreto comprende las erogaciones o desembolsos patrimoniales que la víctima realizó o tendría que realizar producto del hecho dañoso y que deben ser respaldadas con el correspondiente soporte probatorio.

Como quiera que, en el expediente no obran los suficientes elementos de análisis para realizar la condena en concreto respecto de la indemnización demandada por concepto de este perjuicio en favor del señor Herrera Tovar, la Sala no condenará a las demandadas al pago de suma alguna.

Por otro lado, para determinar el valor del **lucro cesante**, de conformidad con las pretensiones de la demanda, es válido acotar que de acuerdo con la filosofía que ha inspirado hasta ahora el reconocimiento e indemnización de este perjuicio en materia de responsabilidad extracontractual, se requiere de la demostración efectiva de la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de un acto ilegal, el incumplimiento de un contrato o un daño ocasionado por un tercero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante<sup>45</sup> *“corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o la utilidad esperada y no obtenida”*<sup>46</sup>, que surge como consecuencia de la acción u omisión estatal. El daño ocasionado a la persona genera consecuencias de índole

---

<sup>45</sup> *“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago que la parte actora solicita de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”*; Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 4 de diciembre de 2006; Exp. 13168.

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 1990. Exp. 5759. M.P.

## SIGCMA

pecuniario y económico, cuantificables y demostrables, que se resumen en la ganancia que se dejó de percibir con ocasión al hecho que generó el daño.

En tal sentido, en el plenario se encuentra la valoración del Hospital Universitario del Valle en el que consigna que la víctima sufrió una “*fractura fémur Izquierdo y fractura radio izquierda;*” por lo que requirió de una primera intervención quirúrgica el 25 de octubre de 2008 de “*osteosíntesis en fémur izquierdo, osteosíntesis en radio izquierda, reducción abierta de fémur, reducción cerrada de radio, reducciones sin complicaciones*”.

Posteriormente, se encuentra probado de los soportes de consulta externa y de interconsulta del Hospital Universitario del Valle<sup>47</sup> y de la Fundación Valle del Lili,<sup>48</sup> consignadas en la historia clínica, los periodos en los cuales la víctima se encontró incapacitado, tal como se observa en la siguiente tabla:

<b>Incapacidad</b>	<b>días</b>	<b>Folio</b>
22/10/2008 17/11/2008	26	43
18/11/2008 17/12/2008	29	47
14/01/2009 3/03/2009	48	49
3/03/2009 1/04/2009	29	48
2/04/2009 2/06/2009	61	48
29/09/2009 26/10/2009	27	121
27/10/2009 26/11/2009	30	120
<b>Total días de incapacidad</b>	<b>250</b>	

Razón por la cual, se acreditan no solo las lesiones sufridas por la víctima, sino el tiempo en que esta no estuvo en capacidad de producir su ingreso, el cual debe ser indemnizado por lucro cesante consolidado.

En cuanto a la prueba de la actividad económica desarrollada por el señor Herrera Tovar para la fecha de los hechos. A folio 129 del cuaderno principal del expediente, reposa certificado expedido por el restaurante de comidas rápidas “*las Delicias de Penny*” identificado con Nit No. 16.366.041-1, ubicado en la autopista suroriental de Cali, en el que se lee “*certificó que el señor Guillermo Herrera Tovar (...) el día 22*

<sup>47</sup> Folio 33 la45 del cuaderno principal del expediente.

<sup>48</sup> Folios 48 a 52 ibidem

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
 Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
 Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
 Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

de octubre de 2008, se encontraba trabajando como maestro de construcción en el restaurante las delicias de Penny(...) adelantando trabajos de obra blanca),” prueba estas, que valorada en conjunto con las declaraciones testimoniales permiten tener por probada la labor u oficio realizada por la víctima para la época de los hechos.

Sin embargo, dicha prueba resulta insuficiente para determinar el ingreso mensual generado por el actor, en estos casos, tendiendo en cuenta que “ningún trabajador puede devengar menos del salario mínimo legal establecido para la jornada ordinaria de trabajo,” se partirá de dicha presunción para el reconocimiento de este factor. en los siguientes términos:

### Actualización IBL

IBL 2008 (año en que ocurrieron los hechos)

	\$		
	461.500		
VP =		VA x	$\frac{\text{IPC Final (marzo 2020)}}{\text{IPC Inicial (octubre 2008)}}$
VP =		461.500	$\frac{103,07311}{69,2980777}$
VP =	\$	461.500	1,48739
VP =	\$	<b>686.429</b>	<b>Renta Actualizada</b>

### Nota

Teniendo en cuenta que la actualización del Salario mínimo del año 2008 (año en que ocurrieron los hechos) es menor que el salario mínimo del año 2020 (año de la sentencia), se tomará este último para realizar el cálculo del lucro cesante consolidado.

### Cálculo incapacidad

SMMLV	877.803	
Días de incapacidad		250
	\$	
	<b>7.315.025</b>	<b>Valor total a pagar por incapacidad definitiva</b>

**Guillermo Herrera Tovar**

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
 Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
 Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
 Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

### **Cálculo edad al momento del accidente**

5/11/1962 Fecha de nacimiento  
 22/10/2008 Fecha del accidente  
 45 45años11meses17dia

27/11/2009 Fecha última incapacidad  
 30/03/2020 Fecha sentencia

**10años4meses3días Total meses transcurridos**  
 124  
**0,1 Proporción 3 días**  
**124,1 Total en meses**

Nombre	Edad a la feha del accidente	Ver tabla de vida probable	Equivalente en
Guillermo Herrera Tovar	45	34,4	412,8

**288,70**

### **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO**

**IBL** \$ **877.803**  
**Incapacidad**  
**definitiva** **36,30%**  
**\$**  
**318.642**

$$LCC = \frac{\$ 318.642}{i} (1+i)^{n-1}$$

$$LCC = \frac{\$ 318.642}{0,004867} (1+0,004867)^{124,1-1}$$

$$LCC = \frac{\$ 318.642}{0,004867} (1,004867)^{124,1-1}$$

$$LCC = \frac{\$ 318.642}{0,004867} 0,826733923$$

$$LCC = \frac{\$ 318.642}{0,004867} 169,86520$$

$$\underline{\underline{LCC = \$ 54.126.270}}$$

### **LUCRO CESANTE FUTURO**

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
 Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
 Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
 Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

<b>IBL</b>		<b>\$</b>
<b>Incapacidad definitiva</b>		<b>877.803</b>
		<b>36,30%</b>
		<b>\$</b>
		<b>318.642</b>
VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$
\$		
VA= 318.642		$(1+0,004867)^{288,70-1}$
		0,004867*(1+0,004867)^288,70
\$		
VA= 318.642		$(1,004867)^{288,70-1}$
		0,004867*4,0620779
\$		
VA= 318.642		3,0620779
		0,01977013
\$		
VA= 318.642		154,884029
\$		
VA= <b>49.352.633</b>		

<b>Total Lucro cesante C y F</b>		<b>\$ 103.478.902</b>
<b>Total incapacidad</b>		<b>\$ 7.315.025</b>
<b>GRAN TOTAL</b>		<b>\$ 110.793.927</b>

Adicionalmente se condenará al Municipio de Santiago de Cali y a EMCALI EICE ESP a pagar en favor del señor Herrera Tovar por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, la suma de ciento tres millones, cuatrocientos setenta y ocho mil novecientos dos (\$110.193.927) pesos.

En síntesis, se declarará la responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali y de la Empresa de Servicios Públicos de Cali EMCALI EICE ESP por las lesiones padecidas por el señor Guillermo Herrera Tovar con ocasión del accidente ocurrido el 22 de octubre de 2008, sobre el paso el planchón de Santa Elena del Municipio de Cali y en consecuencia se le condenará a las entidades a pagar en favor de los demandantes las sumas de dinero correspondiente a los perjuicios

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

## SIGCMA

causados, pago que asistirán las llamadas en garantía hasta por el valor asegurado, por las razones expuestas en precedencia.

### COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: DECLÁRASE** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Plaza de Mercado de Santa Elena-ASOSANTAELENA, por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** probada la responsabilidad patrimonial del Municipio de Santiago de Cali y de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE ESP de los perjuicios causados con motivo de las lesiones padecidas por el señor Guillermo Herrera Tovar, el 22 de octubre de 2008, por las razones ya expuestas.

**TERCERO:** En consecuencia, **CONDÉNESE** al Municipio de Santiago de Cali y de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE ESP solidariamente a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

<b>Perjuicios</b>	<b>Demandante</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Valor reconocido</b>
<i>Morales</i>	Guillermo Herrera Tovar	Víctima	60 SMLMV
	Felicinda Tovar	Madre	60 SMLMV
	Nancy Herrera Tovar	Hija	60 SMLMV
	Lili Fernanda Díaz Hernández	Hijastra	60 SMLMV

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**

Tatiana Tovar	Herrera	Hermana	30 SMLMV
------------------	---------	---------	----------

**CUARTO: CONDÉNESE** al Municipio de Santiago de Cali y de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE ESP., por concepto de daño a la salud en favor del señor Guillermo Herrera Tovar, a pagar de manera solidaria la suma equivalente a 60 SMMLV, por las razones ya expuestas.

**QUINTO: CONDÉNESE** al al Municipio de Santiago de Cali y de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI EICE ESP, a pagar a Guillermo Herrera Tovar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de ciento tres millones, cuatrocientos setenta y ocho mil novecientos dos (\$110.193.927) pesos.M/CTE

**SEXTO: ORDÉNESE** a las compañías de seguro Allianz Seguros S.A y la Previsora S.A., llamadas en garantía a reembolsar a favor de la entidad demandada las sumas que esta deba cancelar como consecuencia de la condena que le fue impuesta en esta sentencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia y condicionada a los límites contractuales del amparo.

**SEPTIMO: NIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO:** No hay lugar a condena en costas

**NOVENO:** Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Valle del Cauca. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
Tribunal Contencioso  
Administrativo de Valle del Cauca  
San Andrés, Providencia y Santa  
Catalina  
**JOSE MARIA MOW HERRERA**  
Magistrado

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01259-00  
Demandante: Lili Fernanda Díaz Hernández y otros  
Demandado: Municipio de Santiago de Cali- EMCALI ESP, Galería Santa Elena y otros  
Acción: Reparación Directa

**SIGCMA**



**NOEMI CARREÑO CORPUS**  
Magistrada



**JESÚS GUILLERMO GUERRERO  
GONZÁLEZ**  
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76-001-23-31-000-2010-01259-00).