

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

### SENTENCIA No. 191

Santiago de Cali, noviembre 29 de dos mil dieciocho (2018).

**Medio de Control:** Reparación Directa  
**Radicación:** 76-001-33 33-005-2016-00063-00  
**Demandante:** Ovidio Leonel Melo Chamorro y Otros  
**Demandado:** Municipio de Santiago de Cali y Otros  
**Juez:** Carlos Enrique Palacios Álvarez

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por las siguientes personas: Ovidio Leonel Melo Chamorro y María del Rosario Curan, en nombre propio y en representación de su hijo menor Arnol Danilo Melo Curan; así como la joven Odilia Surley Hernández Curan, en contra del Municipio de Santiago de Cali y las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP.

#### 1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se establezca un reconocimiento económico con ocasión a los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por la falla o falta del servicio o de la administración que condujo a la muerte del menor Over Oswaldo Melo Curan.

Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al Municipio de Santiago de Cali y a las Empresas Municipales de Cali a pagar lo siguiente:

##### 1.1. Perjuicios morales:

Que se pague a favor de señor Ovidio Leonel Melo Chamorro y María del Rosario Curan, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

Por el mismo concepto se pague a favor de: Odilia Surley Hernández Cuaran y Arnol Melo Cuaran, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

**1.2. Perjuicios por daño a la vida de relación:**

Que se pague a favor de señor Ovidio Leonel Melo Chamorro y María del Rosario Cuaran, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

Por el mismo concepto se pague a favor de: Odilia Surley Hernández Cuaran y Arnol Melo Cuaran, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno de ellos.

**1.3.** Que la condena sea actualizada de conformidad con lo previsto en la norma, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del IPC, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del fallo.

## **2. HECHOS**

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

**2.1.-** En abril 21 de 2014, el menor Over Oswaldo Melo Cuaran al estar jugando con su hermano se resbaló y cayó a una canaleta o canal de aguas residuales que se encontraba sin tapa.

**2.2.** Se agrega que el menor mencionado fue arrastrado por el agua y se atoró en el canal, sin embargo, pese al esfuerzo de los vecinos, al sacarlos éste se encontraba sin signos vitales.

**2.3.** Se aduce que los hechos ocurrieron en el barrio alto los chorros, comuna 18, sector oasis, manzana 4, casa 20, de la zona urbana de la ciudad de Cali.

**2.4.** Que con la muerte del menor Melo Cuaran, se causaron perjuicios morales y la vida de relación en s grupo familiar.

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Enuncia como fundamentos de derecho:

Constitución política, artículos 2, 90, 311, 365;

Ley 142 de 1994;

Ley 388 de 1997;

Ley 446 de 1998 y

Ley 1437 de 2011.

El apoderado de la parte demandante hace un análisis de las normas antes mencionadas, en especial el artículo 90 de la Constitución Política, referente al Estado Social de Derecho y la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, sobre el particular cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado relacionada con la falla del servicio por la falta de inspección de las calles y su adecuado estado vial.

### 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**4.1. Empresas Municipales de Cali – EMCALI:** el apoderado manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda, ya que no se dan los elementos para imputársele responsabilidad, argumentando además que no existe falla del servicio en tanto la estructura donde presuntamente se dieron los hechos no es de su propiedad, ni se encuentra bajo su responsabilidad.

Hace alusión a la responsabilidad patrimonial del estado, aduciendo que en el presente caso no ha mediado falla del servicio, de tal forma que ilustra su tesis citando apartes de distintos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Aclara que la parte demandante pretende atribuir responsabilidad al estado de la muerte del menor Over Oswaldo Melo Cuaran, en hechos del 21 de abril de 2014, sin embargo, no especifica de manera clara la dirección donde ocurrió el presunto accidente, de tal forma que no se puede establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos materia de demanda.

Finalmente, propuso excepciones: “falta de legitimación en la causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de responsabilidad para indemnizar”.

**4.2. El Municipio de Santiago de Cali,** manifiesta que se opone a todas y cada

una de las pretensiones, por cuanto en su sentir no existen pruebas que permitan vincularla en la ocurrencia de los hechos. Agrega que los presumibles daños se producen es por causa se habrían presentado en la falta de una tapa de alcantarilla de acueducto perteneciente, manejado y controlado directamente por EMCALI EICE ESP, por lo tanto, infiere que ésta es la entidad que debe responder por los perjuicios solicitados.

Infiere que todas las pretensiones de la demanda debieron ser exclusivamente con contra EMCALI E.I.C.E E.S.P, en razón que es la empresa de servicios públicos y que presumiblemente podría haber incumplido con la obligación legal de mantener en buen estado la tapa de la alcantarilla por donde se cayó y se ahogó el menor.

Aclara que no tiene que ver con la prestación de servicios públicos, ni de acueducto, ni de alcantarillado en la Ciudad, ni mucho menos con el mantenimiento o reposición de tapas de alcantarilla, puesto que esa responsabilidad y competencia radica exclusivamente en cabeza de EMCALI EICE ESP, de conformidad con lo ordenado en el acuerdo 034 de 1999 del Concejo Municipal de Cali, en donde se determinó y se reglamentó que en adelante sería ésta la que prestaría los servicios públicos domiciliarios a la ciudadanía de dicho municipio.

Igualmente aduce que en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado siempre debe estar valorada suficientemente y de manera clara y objetiva, tanto la intervención causal de la Administración como de la propia víctima, para determinar si la causa del daño ocasionado, lo fue por la acción u omisión del ente demandado o de la persona afectada, bien para condenar o absolver por haberse producido alguna causal excluyente de responsabilidad. Agrega que en el presente caso la parte actora no prueba que es la causante de la muerte del menor Over Oswaldo.

Finalmente, propuso excepciones: "falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad a cargo del Municipio de Santiago de Cali, fuerza mayor, genérica e innominada.

**4.3. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, (llamadas en garantías por el Municipio de Santiago de Cali y Emcali)** por medio de escrito visible a folios 95 a 106 del cuaderno No. 2 contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando que en este caso no existen pruebas que permitan

endilgar responsabilidad a las entidades demandada, además que el lamentable fallecimiento del menor es atribuible exclusivamente a la conducta omisiva y descuidada de sus progenitores.

Manifiesta que el Municipio de Santiago de Cali no tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado dentro de su territorio.

Aclara que la canaleta en donde ocurrió el accidente no hace parte de la estructura del servicio de alcantarillado de la ciudad a cargo del EMCALI. Agrega que el canal de aguas lluvias donde ocurrió el accidente fue construido de manera irregular en el asentamiento por los habitantes de la zona.

Propuso como excepciones: “hecho exclusivo de la víctima y de tercero, inexistencia de la responsabilidad atribuida a los demandados, reducción de la indemnización por concurrencia de culpa, enriquecimiento sin causa y genérica e innominada”.

Frente a los llamados en garantías, manifestó que se opone a los mismos, ya que sólo se encuentra obligada a indemnizar cuando exista una comprobada responsabilidad civil por parte del asegurado y hasta el monto asegurado, debiéndose tener en cuenta al momento de fallar, las reglas fijadas en el contrato de seguro.

Frente al llamado del Municipio de Santiago de Cali propuso como excepciones: “inexistencia de amparo; coaseguro e inexistencia de solidaridad, límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado; exclusiones de la póliza y genérica”.

Respecto al llamado en garantía del EMCALI propuso como excepciones: “inexistencia de cobertura y consecuentemente de obligación a cargo de las coaseguradoras; coaseguro e inexistencia de solidaridad; límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado; las exclusiones de amparo y genérica”.

#### **4.4. ALLIANZ SEGUROS S.A., (llamadas en garantías por Emcali).**

Manifiesta que se opone a todas las pretensiones de la demanda y al llamado en garantía, formulada por la parte demandante y por Emcali, Respectivamente, pues en su sentir carecen de fundamento facticos y jurídicos.

Dice que en el presente caso no se observan los elementos objetivos que establezcan la existencia de un daño antijurídico, que encuentre su fuente en la supuesta culpa que se imputa a EMCALI.

Finalmente, propuso excepciones: “culpa exclusiva de la víctima; excepción por haber faltado los padres al deber jurídico de impedir el resultado. Posición de garante. Delito de omisión culposa; inexistencia de responsabilidad por ausencia de los elementos estructurales.

Frente al llamado en garantía propuso como excepciones: límite máximo de responsabilidad del llamado en garantía por valor asegurado, límite por evento y por agotamiento de cobertura; excepción de límite de amparo de inexistencia de obligación por agotamiento de la cobertura; deducible; límite de responsabilidad en virtud del coaseguro contenido en la póliza; riesgos excluidos y condiciones y la innominada.

## **5. TRÁMITE PROCESAL**

Mediante proveído N° 446 de julio 11 de 2016, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello; posteriormente, la misma fue notificada a las entidades demandadas y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA<sup>1</sup>.

La audiencia inicial se llevó a efecto en junio 08 de 2018, dentro de la cual se dispuso además la orden de práctica de pruebas<sup>2</sup>, allegadas a su vez en audiencia de julio 19 de 2018, donde se dispuso correr traslado para alegar de conclusión<sup>3</sup>.

## **6.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Parte demandada Municipio de Santiago de Cali:**

Dice que las pruebas allegadas durante el proceso, la parte demandante no logró

---

<sup>1</sup> Folios 36-37, 40-45 Cuaderno 1

<sup>2</sup> Folios 153-157 Cuaderno 1

<sup>3</sup> Folios 167-169 Cuaderno No. 1.

demostrar los elementos que configuran la responsabilidad de la Administración, ya que en los hechos del día 21 de abril de 2014, en el que se falleció el menor Over Oswaldo Melo Cuaran, se debieron al descuido de sus padres al dejar jugar a sus hijos en la calle a sabiendas del peligro que corrían.

Que los testigos, que además son familiares de los mandantes manifestaron que la canaleta donde falleció el menor la construyó la comunidad y que ellos pagan el agua a un fontanero.

Aduce que el caso de narra no hay claridad en las circunstancias en que ocurrieron los hechos, pues no hay testigos presenciales. Agrega que el daño causado fue producto de la negligencia de sus padres.

## **6.2. ALLIANZ SEGUROS S.A., (llamadas en garantías por Emcali).**

Aduce que en el proceso no se probó que en la canaleta donde ocurrieron los hechos dañosos fue construida, ni que perteneciera a la infraestructura de EMCALI, ya que esta no presta el servicio de agua y alcantarillado en ese sector.

**6.3.** La apoderada de la parte demandante realiza un relato de la historia en desarrollo de los servicios públicos de la ciudad de Cali, para concluir que las Empresas Municipales de Cali es la encargada de la organización, administración, ensanches, conservación y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía, teléfono de la comunidad del municipio de Cali.

Posteriormente realiza un estudio de las normas relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, para concluir que es deber del Municipio de Cali y de EMCALI mantener las vías en óptimas condiciones, de tal forma que brindar mantenimiento y reparar la tapa alcantarilla, canaleta de agua residuales o que no existan.

Recalca que el actuar omisivo del Municipio de Santiago de Cali y de Emcali, hizo que la comunidad residente en el sector se organizara para tratar de adecuar la vía de acceso al sector donde de produjo el fallecimiento del menor Over Oswaldo Melo Cuaran.

Indica que EMCALI pese a que presta el servicio público de energía en el sector donde falleció el menor Melo Cuaran, no han realizado ninguna gestión o proyecto

para instalar los demás servicios públicos domiciliarios, ni han procedido a realizar la adecuación de las canaletas existentes, en aras de prevenir accidentes.

#### **6.4. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, (llamadas en garantías por el Municipio de Santiago de Cali y Emcali).**

Aduce al Municipio de Cali, le asiste la obligación del mantenimiento de las vías de la ciudad, teniéndola en óptimas condiciones para tránsito peatonal y vehicular, no obstante, aclara que dentro del plenario no existió prueba alguna que acreditara el incumplimiento de dicha obligación a cargo del ente territorial, máxime cuando ni siquiera existe claridad del lugar de los hechos.

Aclara que en mantenimiento del alcantarillado no es función del Municipio de Cali, sino que está a cargo y es prestada por una empresa dedicada a los servicios públicos domiciliarios, que de ser el caso cuando son de carácter público, tienen personería jurídica y patrimonio propio, autonomía administrativa y presupuestal.

Corolario de lo anterior, reparar alcantarillas y canales de agua que no son de propiedad del ente territorial, no es una función propia del municipio de Cali, pues esa función no comporta el giro de sus actividades.

Señala que no aportó medio de prueba alguno que acredite fehacientemente que EMCALI EICE ESP, de acuerdo a las funciones que le han sido delegadas por la ley, hubiese incumplido alguna de ellas.

Afirma en que el presente caso es evidente la falta de material probatorio, que en efecto, atribuya que por la falta de un deber funcional a cargo de EMCALI EICE ESP se hubiera producido el daño alegado por la parte actora, pues la supuesta alcantarilla donde el menor cayó, no pertenecía al sistema de infraestructura de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Cali.

Concluye que de acuerdo con la manifestación realizada por la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad, dan cuenta justamente que en el sector donde supuestamente ocurrieron los hechos, no existe sistema de acueducto y alcantarillado dispuesto por EMCALI EICE ESP, además que dicha canaleta no pertenece a su infraestructura.

Finalmente reitera lo expuesto en la demanda, frente a la afectación de las Pólizas de Responsabilidad Civil.

## 7. CONSIDERACIONES

### 7.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si son responsables administrativa y extracontractualmente el Municipio de Santiago de Cali y la Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP por los daños causados a los demandante, con ocasión a la muerte del menor Over Oswaldo Melo Cuaran, en abril 21 de 2014, cuyo origen se atribuye por la falla en el servicio, debido a la presunta omisión y negligencia del buen funcionamiento y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios del Municipio de Santiago de Cali, que para el caso que nos ocupa es el sistema de alcantarillado, específicamente a la altura del barrio alto los chorros, comuna 18, sector oasis, manzana 4, casa 20.

### 7.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en general, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- (ii) Estudiar las causales eximentes de responsabilidad, enfocándose en la culpa exclusiva de la víctima;
- (iii) Efectuar un análisis del acervo probatorio; y,
- (iv) Con base en el análisis probatorio, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes le asiste o no el derecho reclamado.

#### 7.2.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración. Cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo*.

El régimen subjetivo, es aquel en el cual sí es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de falla del servicio.

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado<sup>4</sup>:

*“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**”*

*“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia" (Se resalta).

En este orden de ideas, de conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que resulta aplicable al presente asunto, es el de falla en el servicio, siendo este el título de imputación preferente, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento de los daños presuntamente ocasionados por la conducta omisiva y negligente del Municipio de Santiago de Cali y/o de las Empresas Municipales de Cali, al omitir el deber que le asistía de velar por el buen funcionamiento y mantenimiento de la red de alcantarillado de la ciudad, particularmente la mencionada en la demanda.

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la administración; siendo el daño el primero de ellos y por tanto, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico. Sobre este tema, el Consejo de Estado ha Considerado<sup>5</sup>:

*"(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.*

*"Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es "la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera"***<sup>6</sup>

*"(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas" (Se resalta).*

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

*"(...) La antijuridicidad<sup>7</sup> se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho"<sup>8</sup>, "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad"<sup>9</sup>, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>6</sup> ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: "El daño es la lesión a un interés jurídico."

<sup>7</sup> Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

<sup>8</sup> BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

<sup>9</sup> Nota del original: "Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>". BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

*normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño<sup>10</sup>.*

*“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero<sup>11</sup>, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.*

*“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos<sup>12</sup> (...)”<sup>13</sup>.*

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento; y
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Existe entonces responsabilidad estatal, cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre, no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, aclarando además que el resarcimiento debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En el caso concreto, se acusa a la administración en cabeza del Municipio de Santiago de Cali y a la Empresas Municipales de Cali de no atender el deber de construcción o mantenimiento del sistema de alcantarillado de la municipalidad.

<sup>10</sup> Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto– como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

<sup>11</sup> BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

<sup>12</sup> Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en El daño injusto y la licitud..., ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, Daños y perjuicios derivados del divorcio, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

<sup>13</sup> VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

En conclusión, según la argumentación planteada, inicialmente tenemos que entrar a definir si es responsabilidad o no del Municipio de Santiago de Cali y/o de las Empresas Municipales de Cali, mantener en buen estado el servicio público de alcantarillado de la ciudad de Cali; para entrar a su vez a establecer si le asiste o no el deber de reparar económicamente a los demandantes o personas que sufran daños o perjuicios a consecuencia de la deficiencia en la construcción o mantenimiento de los canales que conforma el sistema de alcantarillado; todo lo cual se traduce en la necesidad de brindar a la comunidad, las condiciones de seguridad en a la red del mencionado servicio público.

### 7.2.2. CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Adicionalmente el Despacho considera prudente enunciar que existen situaciones mejor conocidas como causales que eximen de responsabilidad al Estado, a pesar de configurarse un daño antijurídico y de existir un nexo causal entre este y el actuar activo o pasivo de la administración, a saber:

- i) El caso fortuito (a excepción del título de imputación de riesgo)
- ii) La fuerza mayor
- iii) El hecho exclusivo y determinante de un tercero y,
- iv) Culpa exclusiva de la víctima.

Estas circunstancias, dan lugar a que sea imposible imputar jurídicamente responsabilidad al Estado por los daños ocasionados objeto de la controversia judicial.

Sobre dicha causal de exoneración de responsabilidad denominada “culpa exclusiva de la víctima”, el Consejo de Estado ha dicho<sup>14</sup>:

*“(…) Desde la mirada de la responsabilidad de la administración, para que opere la causal de hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima como eximente de responsabilidad, en cada caso concreto se debe verificar, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, 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*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07062-01(22597), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

*indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima<sup>15</sup>.*" (Se resalta).

Se concluye de lo anterior, que para la configuración de la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la Administración, esta deberá acreditar que el comportamiento de la persona afectada (valga decir, su propio hecho), fue decisivo, determinante y exclusivo o único en la producción del daño cuya reparación se solicita.

### 7.2.3. ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL PROCESO

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre junio 08 de 2018<sup>16</sup> y julio 19 de 2018<sup>17</sup>; por consiguiente, serán valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental.

Así las cosas, de conformidad con lo señalado en los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes. Además, porque ello es concordante con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **Sentencia de Unificación** de agosto 28 de 2013, con ponencia del Consejero: Enrique Gil Botero, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)<sup>18</sup>.

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 9 de mayo de 2011, rad. 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976), actor: Valentín José Oliveros y Otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez, sentencia de 26 de enero de 2011, rad. 66001-23-31-000-1998-00241-01(18429), actor: María Doris Henao y otros, demandado: Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

<sup>16</sup> Fecha en la que se decretaron las pruebas en audiencia inicial (folios 153-157 Cuaderno No. 1)

<sup>17</sup> Fecha de la última sesión de audiencia de pruebas (f. 167-169 ibidem)

<sup>18</sup> "Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales."

totalidad reposan en copia simple en el expediente, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

Se aclara no obstante, que el material documental fotográfico<sup>19</sup> aportado con la demanda, no ofrece certeza respecto a los hechos esenciales que rodearon su expedición o producción, razón por la cual no pueden ser valorados para efectos de decidir las pretensiones planteadas.

Sobre el tema de las fotografías el Consejo de Estado ha precisado<sup>20</sup>:

*"(...) la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que **las fotografías no pueden ser valoradas en el proceso puesto que carecen de mérito probatorio, ya que ellas registran imágenes sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza sobre el sitio o la vía que en ellas aparece**, ya que al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden cotejarse con otros medios de prueba allegados al proceso (...)" (Se resalta).*

A continuación se relacionan las pruebas recaudadas, y que cumplen los requisitos para ser valorada, especialmente por su utilidad, conducencia, pertinencia y relevancia para emitir la presente decisión de fondo:

7.2.3.1. Las fotocopias de los registros civiles de nacimiento de: Over Oswaldo Melo Cuaran, Arnol Danilo Melo Cuaran<sup>21</sup>.

7.2.3.2. Registro civil de defunción del menor Over Oswaldo Melo Cuaran, además de los documentos de identidad aportados con la demanda<sup>22</sup>.

7.2.3.3. Acta de inspección a cadáver distinguido con el No. 7600160000193201414782, No SIRDEC 2014010176001000943, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y solicitud de entrega del cadáver<sup>23</sup>.

7.2.3.4. Inspección técnica del cadáver – FPJ – 10 – de fecha abril 21 de 2014, perteneciente al menor Over Oswaldo Melo Cuaran, realizado por el grupo de criminalística de la SIJIN<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Folios 26-29 Cuaderno No. 1

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012. Radicación número: 47001-23-31-000-1998-06044-01 (24160), C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

<sup>21</sup> Folios 10-11 Cuaderno No. 1

<sup>22</sup> Folios 12-16 Cuaderno No. 1

<sup>23</sup> Folios 18-19 Cuaderno No. 1

<sup>24</sup> Folios 20-23 Cuaderno No. 1

7.2.3.5. Certificación de necropsia médico legal No. 2014CPN000000001552, realizado al menor Over Oswaldo Melo Guaran, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense en abril 21 de 2014<sup>25</sup>

7.2.3.6. A folio 25 de cuaderno 1 reposa documento que según la parte demandante es un acta realizado por la policía, sin el mismo está incompleto, pues ni siquiera indica quien lo elaboro.

7.2.3.7. Recibo de impuesto predial unificado del año 2009 perteneciente al predio de la 76B 1 4 A W 08, se indica que el propietario es la SEC. DE VIV SOCIAL Y RENOV URB<sup>26</sup>.

7.2.3.8. Factura a nombre de la señora María Elza Melo Chamorro de la dirección carrera 76 C Oeste 4 D -29, expedido por la Empresas Municipales de Cali, en que se aprecia que se paga: energía y aseo<sup>27</sup>.

7.2.3.9. Igualmente, se dará valor probatorio informe elaborado por el Jefe Departamento de Recolección de EMCALI, en que certifica que la canaleta ubicada cerca de la casa avenida 20, manzana 4, sector Oasis del barrio alto los chorros de la comuna 18 de la ciudad de Cali no pertenece a la estructura del servicio de alcantarillado de dicha ciudad<sup>28</sup>.

7.2.3.10. Por último, se dará el valor probatorio que otorga la Ley al testimonio recepcionado por el Despacho a los señores José Bolívar Ome y Luis Ángel Pérez Aguirre.

## **8. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO**

Como en el presente asunto se debate la omisión del Municipio de Santiago de Cali y/o de las Empresas Municipales de Cali en la construcción, mantenimiento y conservación de la red de alcantarillado de su jurisdicción y que ésta son la causa del accidente donde se ocasionó la muerte del menor Over Oswaldo Melo Cuaran, se reitera que el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el subjetivo, a través del título de imputación de falla del servicio, en el cual deben los actores demostrar los elementos de la responsabilidad propios de este régimen, como son:

---

<sup>25</sup> Folios 24 Cuaderno No. 1

<sup>26</sup> Folio 172 del Cuaderno No. 1

<sup>27</sup> Folio 173 del Cuaderno No. 1

<sup>28</sup> Folios 66-67 Cuaderno No. 1.

- i) La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido,
- ii) La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,
- iii) El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiendo desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes elementos.

### **8.1. Daño Antijurídico**

Como ya se explicó con anterioridad, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo; de suerte que, en el sub-lite el mismo se configuró, lo cual se acredita con el registro civil de defunción y el respectivo Informe de inspección técnica a cadáver – FPJ – 10 N° 760016000193201414782 (f. 12, 20-23 cdno 1), documentos que denotan que el menor Over Oswaldo Melo Cuaran, falleció (hipótesis) a causa de ahogamiento, y que la hipótesis de la manera de la muerte es “indeterminada”. Desde el punto de vista probatorio se estableció que ocurrió en una canaleta construida por la comunidad.

### **8.2. Hechos u omisiones constitutivas de falla del servicio.**

En el presente asunto la parte actora aduce que el lamentable fallecimiento de menor Over Oswaldo se produjo porque éste cayó a una “canaleta o canal de aguas residuales” que se encontraba sin tapa, quedando totalmente sumergido y arrastrado por el agua, al punto que provocó su deceso. Tal situación se afirma en la demanda origina una falla en el servicio por parte de las entidades demandadas, ya que estas son propietarias de las vías y de la infraestructura donde aconteció el accidente que nos ocupa y que en tal calidad omitieron su deber de conservar en buen estado la red de alcantarillado, en especial a la altura

del barrio alto los chorros, comuna 18, sector oasis, manzana 4, casa 20, de la zona urbana de la ciudad de Cali.

Al respecto, el Despacho considera que de las declaraciones rendidas por los señores José Bolívar Ome y Luis Ángel Pérez Aguirre, manifiestan que la "canaleta" la construyó la comunidad debido la inoperancia de las entidades demandadas.

El informe del Jefe Departamento de Recolección de EMCALI, certifica que la canaleta ubicada cerca de la casa avenida 20, manzana 4, sector Oasis del barrio alto los chorros de la comuna 18 de la ciudad de Cali, no pertenece a la estructura del servicio de alcantarillado de la ciudad de Cali y por tanto no cuenta con órdenes de mantenimiento ni planos de la canaleta y tampoco se anexó al proceso peticiones orientadas en dicho sentido.

Si la mencionada canaleta de aguas residuales la construyó la comunidad del sector donde presuntamente se ocasionaron los hechos materia de demanda, no se pudo probar que las demandadas omitieran brindar adecuadamente el servicio público de alcantarillado en dicho sector, al margen de que por virtud del acuerdo 034 de 1999 expedido por el Concejo de Municipal de Santiago de Cali, se le atribuya a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. la competencia para ser la encargada de prestar los servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1.994, en los que se encuentra el de alcantarillado, en Municipio de Santiago de Cali, situación si bien implica construcción y mantenimiento de las redes de alcantarillado para brindar buen servicio a la comunidad, no se allegó prueba de que dicha comunidad informara lo pertinente a EMCALI o a la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali.

En relación con el Municipio de Cali, se aclara que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es competencia de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P., por virtud de la Ley 142 de 1994, el Estado, el Municipio de Santiago de Cali, entonces debe ser garante en aras que se preste eficientemente los servicios públicos domiciliarios como propietario de las vías de su jurisdicción, y que en tal calidad si bien pudo omitir su deber prestar el servicio público de alcantarillado a la altura del barrio alto los chorros, comuna 18, sector oasis, manzana 4, casa 20, de la zona urbana de la ciudad de Cali, no obstante, en el presente caso, por tratarse de una obra construida por la comunidad, obra de la

que no fue comunicada EMCALI, no conocía sus planos ni podía hacer el respectivo mantenimiento.

Se concluye entonces que no se puede atribuir un hecho culposo o doloso predicable de la administración y por lo tanto ausente del nexo causal.

Ahora bien, observa el Juzgado que existen deficiencias de tipo probatorio, en cuanto a la hipótesis de la causa de la muerte del menor Over Oswaldo Melo Cuaran:

No existe prueba de las circunstancias que rodearon los hechos constitutivos de dicho fallecimiento. Por tanto no es claro cómo se produjo la caída del menor a la canaleta; tampoco hay evidencia del amparo del ejercicio del deber de cuidado que le asistía a los padres del menor y por tanto, se reitera no existe certeza de hecho culposo o doloso atribuible a la administración.

Sumado a lo anterior, los señores José Bolívar Ome y Luis Ángel Pérez Aguirre, quienes rindieron testimonio ante este Despacho, no ilustran lo suficiente para esclarecer los hechos que son materia de demanda en este proceso, pues en sus relatos manifestaron que no estaban en el lugar de los hechos cuando sucedieron los mismos, que llegaron cuando al menor Over Oswaldo lo habían trasladado al hospital y que les comunicaron que el menor se quedó atrapado en la canaleta mientras era arrastrado por el agua.

Ahora bien, en virtud del artículo 176 del C.G.P. los testimonios deben analizarse en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En la valoración debe considerarse si con ellos se puede reconstruir los hechos.

En este caso, los testimonios de los señores José Bolívar Ome y Luis Ángel Pérez Aguirre, apreciados en conjunto y en relación con las demás pruebas aportadas, no permiten establecer con certeza cómo acaecieron los hechos, por lo tanto, no se pueden considerar como suficientes para demostrar cuál fue la causa directa y eficiente del fallecimiento del menor Over Oswaldo Melo Cuaran.

Se reitera que, si bien en el acta de Inspección Técnica a Cadáver –FPJ – 10- elaborado por el Grupo SIJIN CRIMINALÍSTICA MECAL en abril 21 de 2014<sup>29</sup> se indica que la hipótesis de causa de la muerte del menor Over Oswaldo es por

---

<sup>29</sup> Folios 20-23 Cuaderno No. 1

ahogamiento, también los es que no se logró establecer la posible hipótesis de la manera de la muerte, es decir, no se tiene certeza de cómo sucedieron los hechos materia de debate.

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho negará las pretensiones del libelo, en cuanto no se acreditan los presupuestos que exige el artículo 90 de nuestra Carta Política, para que se determine que corresponde al Estado resarcir el daño “antijurídico” invocado en la demanda y que ello obedezca a la acción u omisión de una de sus autoridades.

## 9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.<sup>30</sup>, entre otras cosas, establece que:

*“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación<sup>31</sup>:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

<sup>30</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*"(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

**TERCERO: LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

#### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

  
**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez