

Honorable juez,
Liliana Constanza Mejía Santofimio
Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali

Demandante : Luzmila Yomara Chang Bermúdez y otros.

Demandado : Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P – EMCALI

Radicado : 760013333005-2021-00124-00

Medio de control : Reparación directa

Asunto : Apelación de sentencia No. 007 del 23 de enero de 2025

Abdón Mauricio Rojas Marroquín, profesional en derecho, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.186.662, portador de la tarjeta profesional No. 140.287 del Consejo Superior de la Judicatura apoderado especial de EMCALI EICE, conforme al poder otorgado, me permito presentar recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia.

Capítulo 1 | Tabla de contenido

CAPÍTULO 1 TABLA DE CONTENIDO	1
CAPÍTULO 2 TÉRMINO LEGAL	2
CAPÍTULO 3 – RESUMEN	2
CAPÍTULO 4 FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA QUE SON DISCUTIDOS	3
1. Imputación fáctica – Nexo de causalidad	4
2. Título de imputación – imputación jurídica por falla en el servicio	5
3. Perjuicios	6
CAPÍTULO 5 REPAROS Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO	6
1. No existen razones para estructurar imputación fáctica o nexos causales – Se probó la causa extraña	6
2. Frente a la imputación jurídica por falla en el servicio	11
3. Frente a la cuantía de los perjuicios reconocidos	15
4. Frente a la exoneración de Unión Temporal O&F (integrada por ONCOR LTDA. y FORTOX S.A.)	16
CAPÍTULO 6 PETICIÓN	17
CAPÍTULO 7 NOTIFICACIONES	17

Abdón Mauricio Rojas Marroquín
arojas.emcali@hotmail.com

Capítulo 2 | Término legal

El día 23 de enero del 2025 EMCALI EICE fue notificada por correo electrónico de la sentencia de primera instancia, mediante mensaje de datos enviado por el juzgado. En consonancia con el numeral 2 del artículo 205 del CPACA, la notificación se entendió realizada transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje: el día **27 de enero del 2025**.

Siendo así, el cómputo del término de 10 días dispuesto en el artículo 247 ibidem para presentar el recurso de apelación es el siguiente:

Días hábiles : 28, 29, 30, 31, 03, 04, 05, 06, 07 y 10 de febrero de 2025.

Días no hábiles : 25 y 26 de enero.
01, 02, 08 y 09 de febrero del 2025

Siendo radicado este memorial el día 05 de enero de 2025, es interpuesto dentro del término legal.

Capítulo 3 – Resumen

A través del presente recurso se señala que el fallo de primera instancia debe ser revocado exonerando a EMCALI, como consecuencia de que:

- i. No se configuró el **nexo causal** entre la conducta de EMCALI y el daño, puesto que el ingreso del menor al reservorio de agua se produjo como consecuencia de un hecho repentino, irresistible, imprevisible y exterior al servicio prestado por EMCALI en materia de seguridad del lugar. Es decir, ante la existencia de la causa extraña:
 - a. El hecho de un tercero: la comunidad del sector, que en el mismo día del accidente hizo una apertura en el muro de seguridad del reservorio para ingresar mediante amenazas físicas y verbales al personal de seguridad del lugar.

Este personal, por sus propias funciones, solo podía advertir a las personas que el ingreso era prohibido y riesgoso, y ponerse en contacto con las autoridades competentes, es decir, la Policía Nacional, habida cuenta de que no podía ejercer el uso de la fuerza u otros métodos contra las personas que ingresaban. Ambas acciones fueron realizadas de forma inmediata el día de los hechos, reforzándose la seguridad



- y procediendo a reparar el muro de seguridad, no obstante, la conducta antisocial de los habitantes del sector desbordaba cualquier capacidad de operación, por lo cual volvieron a ingresar al reservorio, momento en el que aconteció la muerte del menor.
- b. El hecho exclusivo de la víctima: la ausencia de cuidado y custodia del menor por parte de sus adultos responsables, que permitieron que este ingresara al reservorio al permitirle salir sin su compañía.
- ii. No se demostraron los elementos configurativos del título de imputación por **falla en el servicio**:
- a. Porque el fallo no tuvo en cuenta las circunstancias particulares del caso, ni la capacidad operativa de EMCALI para la prestación del servicio, puntos clave para determinar la responsabilidad de la entidad.
- b. Porque la sentencia no explicó eficientemente cuál era la obligación específica legal o reglamentaria incumplida por EMCALI. Lo cierto es que la entidad cumplió cabalmente con sus deberes generales de seguridad y cuidado respecto a la planta de tratamiento, como quedó plenamente probado.
- c. Porque la sentencia no explicó cuáles eran «*las medidas que fueran necesarias para contar con una infraestructura segura y adecuada que impidiera el paso irregular de la comunidad al reservorio*», limitándose tan solo a señalar que EMCALI no las adoptó, pero ignorando que las medidas de seguridad existentes habían sido tomadas y eran idóneas.
- iii. Subsidiariamente, había lugar la reducción de la condena como mínimo en un 50% bajo el principio de concausalidad o concurrencia de culpas, por cuenta de que la muerte del menor también se produjo por el descuido de sus adultos responsables.
- iv. Había lugar a la prosperidad del llamamiento en garantía frente la Unión Temporal O&T.

Capítulo 4 | Fundamentos de la sentencia que son discutidos

1. Imputación fáctica – Nexo de causalidad

Como fundamento fáctico para imputar responsabilidad a EMCALI EICE, se indicó en la página 17 de la sentencia de primera instancia:

Durante el proceso se acreditó que la entidad demandada, Emcali tenía pleno conocimiento de la práctica de la comunidad, principalmente niños, niñas y adolescentes de usar el reservorio de agua donde ocurrió el accidente como centro de esparcimiento y recreación ingresando a nadar en él y aun así, no realizó las acciones pertinentes y necesarias para impedir el ingreso de los particulares, pues en el informe presentado de inspección al lugar realizado el 7 de enero de 2020, se evidencia con las fotografías insertadas que, el lugar tiene una cerca de seguridad deficiente y destruida por la misma comunidad (muro bajo de ladrillos), sin que esta haya sido objeto de reparación o de cambio por parte de Emcali, actuación que le correspondía como encargada del mantenimiento de dicha planta de tratamiento.

Como sustento probatorio para llegar a esta conclusión, el juzgado se valió, entre otros, de los siguientes medios:

- i. El documento denominado «respuesta primer requerimiento», para acreditar que EMCALI es la encargada de la administración y el mantenimiento del reservorio y la planta de tratamiento de Puerto Mallarino.
- ii. El acta de inspección a lugares – FPJ – 9 del número único de noticia criminal 760016000193202000217 firmado por técnicos investigadores del CTI y diligenciado el 7 de enero de 2020, junto a los medios fotográficos recopilados en este informe.
- iii. El testimonio del señor Edwin Molina Duran, guardia de seguridad del reservorio para el día en el que sucedieron los hechos. Este testigo adujo en su interrogatorio que:

Ya es un problema social que se venía presentando, de que los jóvenes del sector venían agredir al perímetro, venían a dañar las paredes para poder ingresar al punto, igual forma, en muchas ocasiones nos lanzaban a nosotros objetos como piedras, como palos para que nosotros nos dispersáramos de ahí, para poder protegernos la integridad física nosotros, motivo de ello era dañar el perímetro para poder ingresar al reservorio.

- iv. Medios periodísticos que informaron el uso del reservorio por la comunidad para actividades de recreación.

2. Título de imputación – imputación jurídica por falla en el servicio

Para explicar la configuración de la falla en el servicio, se señaló en la página 17 del fallo:

Ahora bien, valoradas las pruebas en su integridad, el despacho considera que en el presente asunto existe una responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.-, como encargada del lugar donde funciona la Planta de Tratamiento de Agua Potable Puerto Mallarino de la ciudad de Cali, donde falleció el menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.).

Ello, en razón a que incurrió en una falla en la prestación del servicio, al haber omitido adoptar las medidas necesarias, en todos los aspectos, tanto de seguridad como de índole económico para adecuar la infraestructura del sitio, a fin de evitar que las personas que residen o transiten por el sector, ingresen a un lugar que, como informó la defensa, cuenta con una sola portería de ingreso, en la cual se permite únicamente el acceso de personal autorizado.

En la página 18:

En ese sentido, dada las reglas de la experiencia, la entidad demandada omitió adoptar las medidas de seguridad que le correspondía para evitar que los niños y adolescentes, ingresaran de manera irregular a disfrutar del cuerpo de agua al que catalogaban en su desconocimiento como una «piscina», vieja lo que sin lugar a dudas, **le imponía a Emcali el deber de adoptar todas medidas de seguridad que tenía a su alcance para hacer más restrictivo el acceso de personal no autorizado al reservorio de agua**, iniciando con sellar adecuadamente y de manera oportuna las aberturas que realizaba la comunidad en el muro que rodea el reservorio de agua. (Destacado propio).

Finalmente, en las páginas 18 y 19 se concluyó para desvirtuar la existencia de la causa extraña:

Contrario a lo afirmado por la parte demandada y los llamados en garantía, para la suscrita, en el presente asunto no se configuró el eximente de responsabilidad, «Hecho o culpa exclusiva de la víctima», dado que, la ocurrencia del daño era evitable y la entidad demandada no se encontraba ante una situación de imposibilidad normalmente insuperable en relación con el accidente del menor que terminó con la muerte del mismo por ahogamiento, teniendo en cuenta que, el hecho de que un niño entrara a nadar al reservorio de agua de Puerto Mallarino, no constituye un acontecimiento sorpresivo, excepcional o de rara ocurrencia, dado que, como se logró demostrar a lo largo del proceso, la entidad demandada era concedora de la utilización de este lugar como



una piscina pública por parte de la comunidad.

Así, para el despacho es claro que las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., incurrió en una falla en la prestación del servicio al no adoptar todas las medidas que fueran necesarias para contar con una infraestructura segura y adecuada que impidiera el paso irregular de la comunidad al reservorio de agua potable de la Planta de Tratamiento de Agua Puerto Mallarino, pues dicha omisión fue finalmente la causa eficiente del fallecimiento del menor Ángel Santiago Chang Bermúdez (q.e.p.d.).

3. Perjuicios

La sentencia condenó a EMCALI a pagar las siguientes sumas de dinero:

Demandante	Parentesco	Daño moral a reconocer
Luzmila Yomara Chang Bermúdez	Madre	100 SMLMV
Victoria Chang Bermúdez	Hermana	50 SMLMV
Samuel Chang Bermúdez	Hermano	50 SMLMV
Mariana Chang Bermúdez	Hermana	50 SMLMV
Jesús Esteban Mideros Chang	Hermano	50 SMLMV
María Camila Mideros Chang	Hermana	50 SMLMV

Capítulo 5 | Reparos y sustentación del recurso

1. No existen razones para estructurar imputación fáctica o nexo causal – Se probó la causa extraña

Como ya se señaló, la juez de primera instancia estableció que el daño es imputable a EMCALI porque:

- i. El ingreso de la comunidad al reservorio era una circunstancia frecuente conocida por EMCALI.
- ii. El muro de seguridad no fue objeto de reparación.

Sin embargo, la primera instancia ignoró que, si bien el ingreso de la comunidad al reservorio podía ser frecuente, se trataba de una **circunstancia que escapaba de la órbita de acción y capacidad administrativa de operación de EMCALI**, pues aun cuando la entidad cumplía con reparar periódicamente los daños al muro de seguridad (como se acredita en las pruebas fotográficas y las pruebas testimoniales), la comunidad abría nuevos accesos de manera constante (inmediata, incluso) y voluntaria. Esto configura un hecho externo imprevisible y ajeno a la gestión de EMCALI, ya que la entidad no puede vigilar cada metro del bien inmueble de forma permanente ni impedir conductas dolosas o negligentes de terceros.

Es más, quedó probado que el ingreso de la comunidad y del occiso al reservorio el 07 de enero de 2020 **no fue por defectos existentes de manera previa en el muro**, sino por una apertura que se realizó **el mismo día**, como se desprende del testimonio de Edwin Molina Duran, trabajador de la empresa de seguridad Oncor Ltda., quien se desempeñó como guarda de seguridad del reservorio para el día de los hechos. En su testimonio declarado en la audiencia de pruebas del 20 de marzo de 2024 señaló:

El día **7 de enero de 2020**, estamos prestando servicio de vigilancia a los bienes inmuebles de las Empresa Municipales de Emscali con el compañero Navia, **siendo las 1:30 de la tarde**, varias personas que se encontraban en la parte externa de la planta, **interrumpieron dañando el muro perimetral** para ingresar hacia la parte interna de la planta dañando las paredes perimetrales, ingresando y automáticamente atacándonos a nosotros verbalmente y con piedras para poder ingresar ellos a bañar, eran alrededor de más de 30 a 40 adolescentes, eran muchas personas. (Se resalta).

El testimonio del señor Molina Duran inclusive da cuenta de que la reparación de los muros era de forma inmediata:

Pregunta de la apoderada de EMCALI: ¿Una vez las personas ocasionaban los daños ¿Cuál era la recomendación de su jefe inmediato?:

Edwin Molina Dura: Primero, estimar las medidas de seguridad, intentar recomendarles a las personas de que no ingresaran al punto, porque es una planta de potabilización de agua para el consumo de la misma, **inmediatamente** empezábamos con elementos que tuviéramos, láminas de zinc, láminas de madera, palos, poder tapar los daños causados en la pared, para que las personas no pudieran ingresar al punto, con las recomendaciones verbales.

El documento «acta de inspección a lugares – FPJ – 9 bajo el número único de noticia criminal 760016000193202000217 firmado por técnicos investigadores del CTI y diligenciado el 7 de enero de 2020, da cuenta de que los huecos en los muros habían sido objeto de reparación por EMCALI:



En todo caso, no puede perderse de vista que, si bien existían diversas aperturas en el muro de contención, ningún medio de prueba logró establecer que fueran ellas los lugares por los cuales ingresó el menor. Y, por el contrario, como se acaba de ver, si existe prueba de que fue por una nueva apertura elaborada el mismo día de los sucesos, por donde ingresó la comunidad y muy seguramente el occiso.

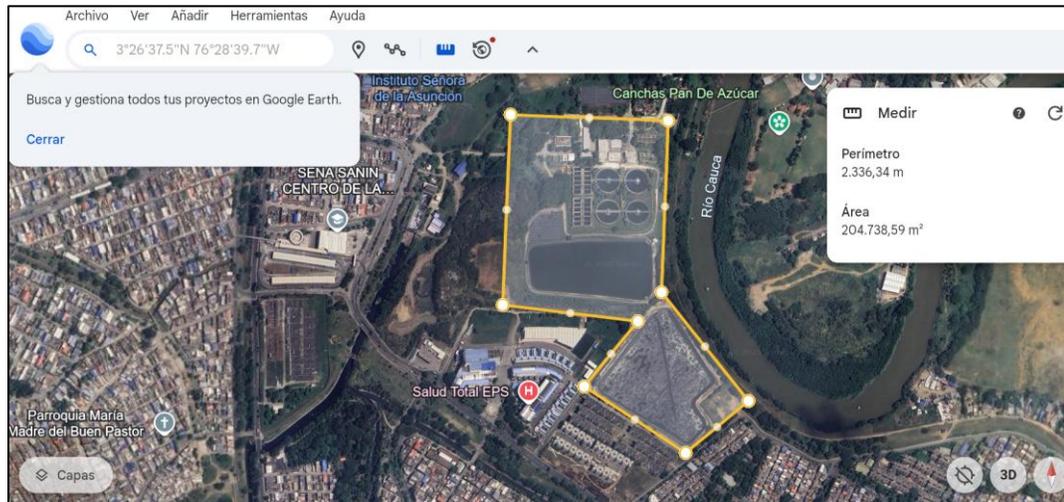
Aun si se aceptara la hipótesis (no acreditada) de que existían aperturas previas sin sellar al momento de los hechos, corresponde deslindar responsabilidades mediante un análisis de imputación objetiva:

- i. **Ineficacia sobreviniente de las medidas de seguridad por actos reiterados de terceros:** El interrogante lógico que debe plantearse es: Si la comunidad tenía la capacidad material de generar una nueva brecha en un muro de ladrillo el mismo día del hecho —como efectivamente ocurrió—, ¿qué impediría que, con igual facilidad, vulnerara cualquier elemento de seguridad existente, así como los instalados en aperturas anteriores?

Este razonamiento desmonta la presunción de que la reposición puntual de las medidas de seguridad (sellado de huecos) podría haber evitado el ingreso. La realidad fáctica demuestra que, incluso con mantenimientos periódicos, la conducta antisocial recurrente neutralizaba cualquier medida técnica, configurando un factor de atribución externo.

- ii. **Aplicación del principio «ad impossibilia nemo tenetur» (nadie está obligado a lo imposible):** La jurisprudencia nacional ha sido enfática en que no existe obligación de garantizar resultados infalibles cuando intervienen actos dolosos de terceros.

En el caso concreto, exigir a EMCALI que mantuviera un cerramiento inviolable equivale a imponerle un deber de vigilancia perpetua y omnipresente, irrazonable según estándares de diligencia ordinaria. Esta premisa se refuerza mucho más si se tiene en cuenta que la plata de tratamiento abarca un perímetro aproximado de más de 2000 metros y un área de más de 200.000 metro cuadrados, conforme se podrá corroborar por aplicativos como Google Earth:



- iii. **Desvirtuación del nexo causal por intervención activa de la víctima o terceros:** la responsabilidad cesa si el daño se produce por culpa exclusiva de la víctima o un tercero. Aquí, la apertura ilegal del muro —hecho probado— constituye una causa eficiente autónoma que exonera a EMCALI, pues la entidad no tenía control sobre dicha acción.

El hecho de un tercero como causa eficiente (pero a su vez concurrente con el de la víctima) del daño, es un hecho tan manifiesto, que el testigo Edwin Molina Duran manifestó en la audiencia de pruebas que una vez se realizó la apertura del muro aproximadamente a la 1:30 PM del día de los hechos, se procedió a llamar de forma inmediata a la Policía Nacional, quienes sacaron a las personas. No obstante, el mismo testigo señaló que eran tantas personas y tan agresiva la intromisión al inmueble, que se escapaba de la órbita de acción el control de estas:

Nosotros llamamos a la unidad, a la Ponal, la verdad había mucha gente, lo primero que la gente hizo fue, **intentaron agredirnos a nosotros**, nos agredieron fue a mí y al compañero y nos hicieron prácticamente como retroceder de ahí del punto, porque las agresiones ya venían con **pedras, con palos, hasta muchas veces con armas blancas**, que ya querían agredirnos a nosotros, la integridad física de nosotros y automáticamente cuando llegó la Policía, llegó mucho apoyo de la Ponal y ya la Ponal fue la que se encargó de sacar al personal y todo eso e inmediatamente se le avisaron a todos los jefes inmediatos e hicieron presencia en el lugar. (Se

resalta).

Al ser interrogado el testigo para saber en qué momento arribó la Policía Nacional al lugar (minuto 24 de la grabación de la audiencia de pruebas), este respondió que entre las 1:30 a 1:45 pm, lo que evidencia el rápido despliegue del servicio de EMCALI para garantizar la integridad del lugar y de las mismas personas.

El informe de la fiscalía estableció que el ahogamiento del occiso se produjo alrededor de las 3 a 3:30 pm, tan solo 2 horas después de que la comunidad rompiera el muro para ingresar. En ese tiempo EMCALI tomó las medidas para que la autoridad competente manejara la situación, y como quedó registrado, se iniciaron los protocolos para impedir el ingreso a la planta. Sin embargo, el testimonio transcrito deja ver que la conducta antisocial de las personas del sector simplemente impedía y superaba el debido y oportuno despliegue del servicio.

A partir del minuto 24:45 de la audiencia de pruebas se puede corroborar los protocolos tomados por EMCALI el día de los hechos:

Abogado de la parte demandante pregunta: Después de que la Policía los sacó entonces ¿otras personas volvieron a ingresar?

Testigo Edwin Molina: Los policías los sacaron y automáticamente se reforzó más con seguridad privada y se procedió a tapar los muros perimetrales, con láminas, con estas de madera para que las personas no volvieran a ingresar y conminándoles verbalmente que hicieran más daños porque podían presentarse más novedades.

En el minuto 25:30 incluso manifestó:

Testigo Edwin Molina: Todos los días que se presentaban intentábamos tapar los muros, pero el perímetro es demasiado grande. **Entonces tapábamos un muro y al rato querían hacer otro daño en otro muro...**

Concluyendo este acápite, debe decirse que el ingreso de la comunidad a la planta de tratamiento, por más frecuente que fuera, no podía ser una circunstancia bajo la cual se pudiera atribuir responsabilidad a EMCALI, puesto que corresponde a causa extraña (hecho de un tercero) que era:

- **Irresistible:** ante la existencia de amenazas por parte de la comunidad (para el día de los hechos, entre 30 y 40 personas) al personal de servicio de la planta, quienes por sus propias funciones solamente podían llamar a la Policía Nacional, reforzar la seguridad en la medida de lo posible, tomar las medidas para conminar verbalmente a las personas y tapar los huecos

del muro, como efectivamente se hizo.

- **Imprevisible:** si bien la comunidad, de manera consciente y deliberada abría brechas en el muro de seguridad para acceder al reservorio, lo cierto es que la entidad no podía tener conocimiento de exactamente en qué lugar y momento la comunidad incurriría en los hechos delictivos. Como se evidencia, el lugar se trata de un inmueble de gran extensión en el que por lógica y capacidad operativa no se puede custodiar permanentemente cada metro del muro de seguridad. Además, tratándose de grupos de 30 o más personas, la apertura de entradas evidentemente debía ser demasiado rápida para que se permitiera actuar a EMCALI.
- **Externo:** la conducta activa y autónoma de las personas no puede ser controlada por EMCALI, ya que la entidad no tiene facultades coercitivas para impedir actos de vandalismo o invasión. Además, su capacidad operativa tiene un límite que era superado por la cantidad de personas, agresividad y frecuencia con la que vulneraban la integridad del muro.

Y como ya se aclaró, no existen pruebas idóneas que demostraran que EMCALI no realizaba mantenimiento al muro. Por el contrario, se probó que una vez se afectaba la estructura de seguridad, el personal procedía a repararlo, no obstante, la reiterada conducta de las personas hacía que cualquier esfuerzo se neutralizara porque procedían a hacer nuevas aperturas o afectar las ya reparadas.

Finalmente, no debe tampoco olvidarse que el nexo de causalidad frente a EMCALI también se desintegra ante la concurrencia del hecho de la víctima que, en este caso al tratarse de un menor de edad, se manifestó en el poco diligente cuidado y supervisión de los adultos responsables que para el día de los hechos tenían su custodia, entre ellos su padrino, que vivía cerca del reservorio y por lo tanto era conocedor del riesgo que implicaba; como de su madre. Los responsables del menor permitieron que anduviera libremente por las calles del sector sin ninguna supervisión. Esta circunstancia impide la imputación del daño a EMCALI, o por lo menos, implicaba una reducción en la condena.

Por todo lo anterior, el daño no era materialmente imputable a EMCALI, contrario a lo señalado en la sentencia de primera instancia.

2. Frente a la imputación jurídica por falla en el servicio

Si bien es cierto que EMCALI es la entidad encargada de la Planta de Tratamiento de Agua Potable Puerto Mallarino, y que por lo tanto tenía para la fecha de los hechos obligaciones de seguridad y mantenimiento de la misma, no es cierto, como se señaló en el fallo de primera instancia, que se omitiera adoptar medidas para cumplir con esos deberes.

Como ya se ha explicado anteriormente, en el proceso quedó demostrado que ante las incursiones de la comunidad para afectar la integridad del muro e ingresar a la planta, el personal de EMCALI informaba de manera inmediata a la Policía Nacional para que se hicieran cargo, se procedía a tapar las aberturas, se reforzaba la seguridad y se conminaba a la comunidad a detener su conducta antijurídica. Con ello, quedó probado que EMCALI desplegó todos los esfuerzos posibles para que **se evitara el daño incluso en el mismo día de los hechos**, pero fue la reiterada conducta antisocial de la comunidad la que los llevó a incursionar al interior del inmueble tan solo 2 horas después (o incluso menos) una vez la Policía Nacional había cumplido con la labor solicitada.

A pesar de que quedó probado que EMCALI desplegó la prestación del servicio de forma inmediata, la sentencia de primera instancia exigió que la entidad controlara la actividad de la comunidad de forma absoluta para que no volvieran a ingresar, sin tener en cuenta siquiera la gran extensión del inmueble y otras circunstancias como la agresividad de los habitantes y la capacidad operativa de mi representada.

Se ignoró completamente que la prestación del servicio está condicionada a la capacidad operativa de cada entidad. Es imperioso en este punto reiterar que el Consejo de Estado en su jurisprudencia reciente ha hecho un llamado a los juzgadores para que tengan en cuenta que el Estado, a pesar de su gran capacidad de acción, no es un ente supremo que pueda prever y controlar todas las situaciones:

Al respecto, debe advertirse que del Estado no se puede predicar, de modo necesario ni absoluto, las características de omnisciencia, omnipotencia ni omnipresencia, pues de cara a la realidad es evidente que aquel no lo conoce todo, **tampoco puede estar en todas partes ni lo puede todo**, sus obligaciones constitucionales y legales son tan solo **de medio y no de resultado**, según las capacidades ciertas y medios razonables de actuación y respuesta, por lo tanto, al Estado también le es predicable el aforismo latino “ad imposibile nulla obligatio”, esto es, que **a lo imposible nadie está obligado**; en este caso concreto no era posible prever o conocer de antemano la ocurrencia del hecho.¹ (Se destaca).

En la situación concreta, exigir a un grupo de funcionarios de EMCALI que evitaran el ingreso de un grupo o grupos de personas de alrededor de 30 o más individuos agresivos, se convierte en una exigencia de lo imposible. El servicio de vigilancia, cuidado y mantenimiento de la planta fue prestado, EMCALI construyó un muro de ladrillo y alambre de púas alrededor de toda la planta; dispuso del personal necesario para la vigilancia del inmueble; ante las incursiones de la comunidad se tenía

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 04 de mayo de 2022, radicación: 50001-23-31-000-2010-0534-01 (58.399), consejero ponente FREDY IBARRA MARTÍNEZ, consultada en: [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/GravesViolaciones_2023/50001-23-31-000-2010-0534-01\(58399\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/GravesViolaciones_2023/50001-23-31-000-2010-0534-01(58399).pdf).

contacto inmediato con la Policía Nacional, y ante los daños en el muro, se procedía a cubrirlos de forma inmediata.

Entonces, quedó probado que la prestación del servicio de EMCALI existía y no falló, o en su defecto, si se pudiera considerar como una falla, se trataba de una falla relativa, porque la misma era producto del desbordamiento de la órbita de acción de EMCALI, entidad que a pesar de su conducta no podía enfrentarse a la magnitud de la conducta antisocial de la comunidad.

La teoría de la falla relativa en el servicio ha sido usada por el Consejo de Estado para justificar que, aun cuando materialmente se pudiera considerar que el servicio falló en tanto se ocasionó un daño, este no resulta imputable al Estado, en la medida en que se hayan dispuesto de todos los medios disponibles para evitar su concreción:

RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO - Disponibilidad de medios físicos y jurídicos / RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO - Previsibilidad del daño / RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO - Circunstancias del caso concreto / FALLA RELATIVA DEL SERVICIO - Disponibilidad de medios físicos y jurídicos / FALLA RELATIVA DEL SERVICIO - Previsibilidad del daño / FALLA RELATIVA DEL SERVICIO - Circunstancias del caso concreto.

También ha sostenido la Jurisprudencia de esta Corporación que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2 inciso 2, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, “**debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”³; así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.**

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, **si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.**

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por

irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El **retardo** se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la **irregularidad**, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la **ineficiencia** se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.² (Se resalta).

La necesidad de recurrir a este extracto jurisprudencial radica en que señala claramente que el juez debe tener en cuenta las «*circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera*» para atribuir responsabilidad por el título de falla en el servicio.

Empero, la realidad de la sentencia de primera instancia es que no se hizo ningún análisis de las circunstancias fácticas por las cuales ocurrió el daño (la intervención de la comunidad del sector y el hecho de la víctima), o por lo menos las mismas no fueron tenidas en cuenta. Tampoco se tuvo en cuenta las circunstancias propias de la prestación del servicio de EMCALI, pasándose por alto su capacidad operativa, que a pesar de tener contratado el servicio de seguridad, solicitar ayuda de la Policía Nacional, reforzar las medidas de seguridad y cellar los defectos en los muros de ladrillo de forma inmediata, se produjo el daño por circunstancias y agentes externos.

Ahora, comprobado que EMCALI cumplió con sus deberes generales, cabría preguntarse a qué medidas específicas entonces se refería el fallo de primera instancia para imputar responsabilidad, puesto que consideró que EMCALI «*incurrió en una falla en la prestación del servicio, al haber omitido adoptar las medidas necesarias, en todos los aspectos, tanto de seguridad como de índole económico para adecuar la infraestructura del sitio*».

Lo cierto, es que no existe norma legal o reglamentaria que imponga obligaciones específicas a EMCALI para la custodia y vigilancia de la plata de tratamiento, pues la prestación de cualquier servicio del Estado es una obligación de medio, lo que implica que es cada entidad la que define los medios idóneos para prestarlo. Estos medios, en el caso concreto, correspondían con las conductas desplegadas por EMCALI para el día de los hechos, es decir, el contacto con la Policía Nacional y la

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745). Consultada en: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/95/S3/66001-23-31-000-1998-00496-01\(22745\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/95/S3/66001-23-31-000-1998-00496-01(22745).pdf).

reparación de los muros, las cuales fueron ejercidas de forma inmediata.

Cualquier otra conducta que el fallo de primera instancia pretendiera exigir a EMCALI, corresponde a apreciaciones subjetivas, pues lo cierto es que la entidad dispuso de todos los medios posibles a su alcance para evitar que la comunidad y el menor entraran al reservorio.

En conclusión, la imputación de responsabilidad a EMCALI por una supuesta falla en el servicio carece de sustento jurídico y fáctico. Quedó demostrado que la entidad cumplió con sus obligaciones de seguridad y mantenimiento al adoptar medidas razonables y proporcionales: reparaciones inmediatas del muro, coordinación con la Policía Nacional y despliegue de personal de vigilancia. Estas acciones, ejecutadas incluso el mismo día de los hechos, evidencian una gestión diligente y conforme a los medios operativos disponibles. Sin embargo, la sentencia de primera instancia incurrió en un error grave al exigir a EMCALI un **control absoluto sobre la conducta antisocial de la comunidad**, ignorando que la entidad no tiene facultades para impedir actos ilícitos reiterados y organizados de terceros, ni mucho menos ejercer alguna fuerza coercitiva.

El Consejo de Estado ha sido claro: la responsabilidad del Estado es de **medios, no de resultados**, y exige valorar las circunstancias concretas, como la capacidad operativa y los recursos disponibles. En este caso, atribuir responsabilidad a EMCALI equivale a imponerle un deber irrazonable de omnipresencia y omnipotencia, desconociendo el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible. La verdadera causa del daño fue la **intervención autónoma y violenta de la comunidad**, junto al actuar de la víctima, factores externos que rompen el nexo de imputación. Por ello, corresponde revocar el fallo, pues no hubo falla en el servicio, sino una situación desbordada por actos de terceros que escapaban a la órbita de control de la entidad.

3. Frente a la cuantía de los perjuicios reconocidos

Si bien se considera que el fallo de primera instancia debe ser revocado íntegramente, subsidiariamente a ello debe señalarse que la sentencia igualmente contiene un error manifiesto al condenar a EMCALI a pagar el 100% del daño, ignorando que la conducta de la víctima, esto es, materialmente del menor, y jurídicamente de sus adultos responsables, influyó en la causación del daño. Al respecto de la participación de la víctima en su propio daño, figura denominada concurrencia de culpas o principio de concausalidad, ha manifestado el Alto Tribunal de lo contencioso-administrativo:

Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en

la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.³

En el caso que nos ocupa, las circunstancias que condujeron a la muerte de Ángel Chang resultan ajenas a mi representada, considerando que la propia víctima actuó sin consentimiento de sus padres y/o padrino que en ese momento tenía su custodia, en tanto se desplazó hacia el reservorio ubicado en la Planta de Tratamiento de Agua Potable de Puerto Mallarino e ingresó sin autorización para bañarse en él, cuando evidentemente el reservorio no es un lugar de recreación y está ubicado dentro de una propiedad privada que suponía el deber de no irrumpirlo sin autorización.

Además, está probado según las afirmaciones del mismo demandante, que cuando se produjo la muerte del menor, aquel se encontraba sin supervisión de un adulto, pues salió de la casa de su padrino acompañado de otro menor de edad. Así pues, es claro que a sus padres y/o padrino les asistía una posición de garante en virtud de los deberes de custodia, cuidado y protección del menor; es decir, tenían a su cargo el DEBER de proteger su vida e integridad personal

En este caso, encontrándose probada la participación de las víctimas en el daño, la condena debe disminuirse en al menos un 50%, conforme al artículo 2357 del Código Civil.

4. Frente a la exoneración de Unión Temporal O&F (integrada por ONCOR LTDA. y FORTOX S.A.)

Quedó demostrado que en el Contrato 800-PS1387- 2018 suscrito entre EMCALI y la UT O&F cuyo objeto es «(...) la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada en las sedes de EMCALI EICE ESP o en los lugares que esta disponga de acuerdo a la necesidad de la prestación del servicio y/o operación de la UNIDAD ESTRATÉGICA DE NEGOCIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO», se pactó una cláusula de indemnidad, la cual tiene por objeto mantener indemne el patrimonio de EMCALI por hechos atribuibles al contratista.

En virtud de que en proceso también se discutió errores en la prestación del servicio de seguridad, se debía condenar a la llamada en garantía a reembolsar a EMCALI lo que pudiese llegar a pagar, puesto que la naturaleza del contrato implicaba la custodia de los muros de seguridad que resguardaban la planta de tratamiento, los cuales se probó que fueron violentados por habitantes del sector, circunstancia que se podría considerar que influyó en la entrada del menor al reservorio y su posterior ahogamiento.

³ Consejo de Estado, radicación: 05001-23-24-000-1994-00103-01(15784).

Siendo así, no se comparte la decisión de la primera instancia en lo que respecta a la Unión Temporal O&F, pues si se consideró que una de las causas del daño fue los daños a los muros del reservorio, claramente se podía concluir que esos daños se produjeron en virtud de errores de conducta en el cuidado del bien inmueble por parte del personal de la Unión Temporal. De esta manera, se solicita a la segunda instancia que esta persona jurídica sea condenada conforme a lo que se pretendió con su llamamiento en garantía, esto es, a mantener indemne el patrimonio de EMCALI. Todo lo anterior, sin perjuicio de que se reitere, primigeniamente se considera que la causa eficiente del daño fue el actuar de la comunidad y de la víctima, no la prestación del servicio de EMCALI.

Capítulo 6 | Petición

Respetuosamente solicito al despacho de segunda instancia que revoqué íntegramente la Sentencia No. 007 del 23 de enero de 2025 y exonere a EMCALI al no hallarse probados los elementos de la responsabilidad del Estado. Subsidiariamente, que se reduzca la condena en atención a la participación de las víctimas en su propio daño. En caso de que se confirme en cualquier concepto la condena a EMCALI, ordénese a las llamadas en garantía el reembolso de lo pagado.

Capítulo 7 | Notificaciones

Recibiré notificaciones al correo electrónico: arojas.emcali@hotmail.com

Atentamente,



Abdón Mauricio Rojas Marroquín.

T.P. 140.287 del Consejo Superior de la Judicatura

C.C. No. 16.186.662 de Florencia Caquetá