

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SENTENCIA -SEGUNDA INSTANCIA-

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veinticuatro (2.024)

<b>Radicación No.</b>	76001-33-33-018-2017-00214-01
<b>Medio de control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Demandante</b>	IVÁN ALFONSO PENILLA FERNÁNDEZ Y OTROS <a href="mailto:jorgehvelez@hotmail.com">jorgehvelez@hotmail.com</a>
<b>Demandado</b>	DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cali.gov.co">notificacionesjudiciales@cali.gov.co</a>  SOCIEDAD JERO S.A.S. <a href="mailto:notificaciones@hmasociados.com">notificaciones@hmasociados.com</a> <a href="mailto:jerocolombia@gmail.com">jerocolombia@gmail.com</a>  ITAU ASSET MANAGEMENT COLOMBIA S.A. <a href="mailto:gyc@gesticobranzas.com">gyc@gesticobranzas.com</a> <a href="mailto:abogadossuarezcamilla@gesticobranzas.com">abogadossuarezcamilla@gesticobranzas.com</a> <a href="mailto:mcantefula@corpbanca.com.co">mcantefula@corpbanca.com.co</a>
<b>Llamados en Garantía</b>	HDI SEGUROS S.A. <a href="mailto:notificaciones@gha.com.co">notificaciones@gha.com.co</a> <a href="mailto:mpimentel@gha.com.co">mpimentel@gha.com.co</a> <a href="mailto:presidencia@hdi.com.co">presidencia@hdi.com.co</a> <a href="mailto:Antonio_africano@generali.com.co">Antonio_africano@generali.com.co</a>
<b>Decisión</b>	Revoca sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda/ Declara de oficio caducidad del medio de control.

**Mag. Ponente : FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ**

Procede la Sala Segunda Jurisdiccional de Decisión de este Tribunal, a resolver los recursos de apelación interpuestos por: *i)* la parte demandante; *ii)* la parte demandada Sociedad Jero S.A.S.; y, *iii)* la llamada en garantía HDI Seguros S.A.S., contra la sentencia de primera instancia No. 047 del 10 de agosto de 2.023, por la cual, el Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES:**

Los señores Iván Alfonso Penilla Fernández, Hernando Penilla Prado y María Consuelo Fernández Sarmiento, a través de apoderado judicial, instauran demanda<sup>1</sup> en ejercicio del

<sup>1</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 10CuadernoPrincipal – Páginas 12 a 50.

medio de control de Reparación Directa, consagrada en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>2</sup>- contra el Distrito Especial de Santiago de Cali y las Sociedades Jero S.A.S. e ITAU ASSET MANAGEMENT COLOMBIA S.A.; igualmente, se admitió como llamado en garantía a HDI Seguros S.A.S., para que previo el trámite legal pertinente se hagan las siguientes,

#### **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Que se declare a las demandadas administrativa y patrimonialmente responsables de todos los perjuicios materiales e inmateriales causados por; **i)** la omisión del ente territorial en el cumplimiento de sus funciones como autoridad ambiental al dilatar injustificadamente la toma de medidas oportunas que conlleven a mitigar la afectación al flujo de aguas subterráneas y de los niveles del aljibe VC 886, ocasionada por las excavaciones desarrolladas en la obra “Hotel la Sagrada Familia”; y, **ii)** A los particulares Sociedad Jero S.A.S. y HELM FIDUCIARIA S.A., por las consecuencias generadas por dicho daño.

En virtud de la anterior declaración, que se condene a las accionadas a indemnizar a los demandantes los perjuicios materiales e inmateriales.

Los **HECHOS** sustentadores de las pretensiones, fueron expuestos por el apoderado de la parte actora en la siguiente forma:

A través de la Resolución # 359 del 4 de junio de 2.004, el DAGMA otorgó al establecimiento de comercio “LVAUTOS EL PEÑÓN”, propiedad de los demandantes, la concesión de agua para el aprovechamiento del aljibe inventariado con el # VB-886, para que este recurso sea utilizado en el lavado de vehículos automotores y aseo de las instalaciones ubicadas en la Calle 4 Oeste # 03-18 de esta ciudad.

En el inmueble urbano vecino “Edificio Colegio de la Sagrada Familia”, propiedad de la Asociación de Hermanas de la Providencia e Inmaculada Concepción, se inició en el año 2014 la ejecución de una obra de construcción del “Hotel la Sagrada Familia” a través del promotor y gerente de la obra, el Fideicomitente Jero S.A.S.

En la ejecución de la obra, específicamente en la excavación para los parqueaderos, el demandante evidencia una disminución considerable y bajo caudal del agua concesionada del Aljibe VC-886 de uso exclusivo del establecimiento de comercio de su propiedad, por lo cual solicita al DAGMA una visita técnica a las instalaciones de la construcción, advirtiendo a esta entidad el presunto incumplimiento a las leyes ambientales y urbanísticas por parte del constructor.

---

<sup>2</sup> En adelante CPACA.

El DAGMA desde el mes de febrero de 2015 ordenó una prueba de bombeo para determinar si la excavación era causante de menoscabo del nivel freático del acuífero subterráneo; sin embargo, por dilatación de la Sociedad Jero S.A.S. y del DAGMA, esta solo logró realizarse entre los días 18 a 20 de julio y 28 a 29 de octubre del año 2015, cuando ya existían serias afectaciones económicas por la suspensión en la prestación del servicio del establecimiento de comercio tanto para la prueba de bombeo, como por atender lo solicitado por el DAGMA para que pudiera realizarse la referida prueba.

Posteriormente, el DAGMA mediante informe técnico # 223-2014 de octubre de 2015, estableció que la afectación a los niveles freáticos registrados en el aljibe VC-886 tenía relación directa con el proceso de excavación que se adelantaba en la obra – Hotel Sagrada Familia, porque el sistema de flujo de aguas subterráneas del sector se alteró al ser retiradas las capas del subsuelo por donde circulaba, ocasionando cambios en el potencial hidráulico del pozo concesionado; en consecuencia de esto, le impuso a la constructora obligaciones para el restablecimiento de las condiciones ambientales y así reducir los impactos generados y exhortó al inicio de un proceso disciplinario por presunto incumplimiento a los requerimientos realizados por la autoridad ambiental.

Los accionados no acataron las órdenes dispuestas en el informe anterior, por tanto, a través de Resolución de 14 de febrero de 2017 el DAGMA declaró responsable a la Sociedad Jero S.A.S. por no acatar las recomendaciones impartidas por la autoridad ambiental, con el fin de mitigar el daño causado por la excavación realizada en inmediaciones del Aljibe VC-886, sancionándolo con multa pecuniaria.

## **RAZONES DE LA DEFENSA - OPOSICIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y LA LLAMADA EN GARANTÍA**

El **Distrito Especial de Santiago de Cali**<sup>3</sup>, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el daño causado a la parte actora es ajeno, imprevisible e irresistible para la entidad, por cuanto el mismo fue causado por la Sociedad Jero S.A.S., la cual al realizar la excavación por debajo de los niveles freáticos de la obra el Hotel Sagrada Familia, ocasionó un descenso anormal y progresivo de los niveles estáticos del aljibe VC-866 concesionado para explotación del establecimiento de comercio “Lavautos el Peñón”, propiedad de uno de los demandantes.

Añade que no hay prueba que acredite la presunta falla del servicio y el nexo de causalidad por omisión, puesto que no se acreditó que el comportamiento de la entidad fue el determinante en la producción del daño; que adicional a esto la intervención del DAGMA fue posterior a la causación del daño y se actuó de manera diligente para ordenar la cesación del

---

<sup>3</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 15CuadernoPrincipal – Páginas 47 a 65.

mismo, sancionando al infractor.

Finalmente propuso las excepciones de falta de jurisdicción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su turno la **Sociedad Jero S.A.S.**<sup>4</sup>, afirmó que el medio de control carecía de material probatorio que demuestre el nexo causal entre las obras ejecutadas por la compañía y los perjuicios reclamados. Respecto a los informes técnicos del DAGMA, sostuvo que fueron suscritos por contratistas vinculados a dicha entidad que no cumplen funciones administrativas, que por ende no se expiden dentro de un proceso administrativo que haya tenido contradicción dentro del presente medio de control, por tanto, carecen de valor probatorio.

Propone como excepciones la de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por último, la Compañía **HID Seguros S.A.S.**, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y al llamamiento en garantía, manifestó que no existe sustento fáctico que acredite que la conducta de Jero S.A.S. fue la causa eficiente del daño deprecado por la parte actora, por cuanto la ejecución de las obras se desarrolló con apego a las licencias expedidas por la autoridad pública.

Por otra parte, adujo que teniendo en cuenta que entre la fecha que supuestamente ocurre el hecho dañoso y la interposición de la demanda, han transcurrido más de 2 años, y, por ende, se configura la caducidad del medio de control, proponiendo dicha figura como medio exceptivo, además de la inexistencia del nexo causal.

## **LA SENTENCIA RECURRIDA<sup>5</sup>**

El Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando responsable a la Sociedad Jero S.A.S. de los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la afectación al sistema de flujo de aguas subterráneas y de los niveles del aljibe VC-886 concesionado al establecimiento de comercio “Lavautos el Peñón”; seguidamente, condenó en abstracto al pago de perjuicios materiales a título de daño emergente, condicionando la suma a lo que resulte probado en el incidente de liquidación de perjuicios.

El régimen de imputación que aplicó el Juez *A-Quo* correspondió a la falla del servicio. Respecto al daño, indicó que la parte actora se vio afectada por el descenso de los niveles

---

<sup>4</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 12CuadernoPrincipal – Páginas 1 a 26.

<sup>5</sup> Registro SAMAI de 10/08/2023 – Expediente primera instancia – índice 00062.

estáticos y caudal del aljibe concesionado, teniendo en cuenta que este recurso era el requerido por el establecimiento de comercio para cumplir su objeto comercial, acreditándose así un daño antijurídico que no estaba en deber de soportar.

En torno a la imputación del mismo, afirmó que no es responsable de aquél el Distrito de Santiago de Cali, a través del DAGMA, porque no se acreditó que haya incurrido en alguna omisión al cumplimiento de sus funciones, y que contrario a esto, adelantó todas acciones que les correspondían (visitas – pruebas de bombeo – informes técnicos – análisis de resultados), concluyendo las mismas en la declaratoria de responsabilidad ambiental e imposición de sanción pecuniaria a la Sociedad Jero S.A.S., por tanto no está probada la dilación u omisión alegada por la parte actora.

En razón de lo anterior, atribuyó la responsabilidad exclusivamente en cabeza de la Sociedad Jero S.A.S., en su calidad de fideicomitente, promotor y comodatario cuya obligación era la construcción del proyecto inmobiliario “Hotel La Sagrada Familia”, que si bien contaba con la licencia de construcción y concepto ambiental favorable, en la ejecución de la obra, se evidenció que dicha sociedad no atendió los requerimientos efectuados por el DAGMA, cuando esta entidad evidenció afloramiento de aguas subterráneas con afectación negativa de los niveles estáticos del aljibe VC-866, con el fin de reducir los impactos producidos por la excavación de la obra, siendo atribuible su responsabilidad por omisión, por ser esta la causa eficiente del daño.

Sobre el pago de perjuicios, sostuvo que los documentos obrantes en el expediente no son prueba suficiente para comprobar su causación, pero atendiendo a que son perjuicios directos causados por el daño irrogado, se deberá determinar su valor por medio de trámite incidental de liquidación de perjuicios, teniendo en cuenta como únicos rubros para su liquidación, la mano de obra para surtir agua por hidrante y bombeo de sótanos, la compra de agua desde el hidrante a EMCALI, los gastos de adecuación del pozo y tanque, y, la instalación del contador provisional de EMCALI.

Finalmente, una vez acreditada la existencia de una póliza de seguro en favor de la sociedad, condena a la Compañía de Seguros HDI Seguros S.A. para que concurra al pago total o parcial de la condena, en virtud del contrato suscrito.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Contra el fallo de primera instancia, fue interpuesto en la oportunidad legal recurso de apelación por: *i)* el apoderado judicial de la parte demandante; *ii)* la Sociedad Jero S.A.S.; y, *iii)* y la Compañía de Seguros HDI Seguros S.A.S.

Sostuvo el **apoderado de la parte actora**<sup>6</sup>, que contrario a lo manifestado por el Juez de primera instancia, el Distrito de Santiago de Cali si tiene responsabilidad en los perjuicios causados, porque no adoptó las medidas efectivas, oportunas y necesarias para garantizar la debida vigilancia del aljibe concesionado, omisión que contribuyó al daño causado.

En relación con la negativa de los perjuicios por daños estructurales causados al establecimiento de comercio, señala que se hizo una interpretación restrictiva de la pretensión presentada con la demanda, la cual se redacta de manera genérica, desconociendo que está debidamente probado que las excavaciones realizadas surtieron una transformación destructiva y negativa en el sector circundante a la obra Hotel Sagrada Familia y específicamente las reparaciones que los demandantes debieron hacer al muro exterior, pisos, paredes y demás estructuras afectadas.

Por último, alega que la negativa de los perjuicios pretendidos a título de daño emergente, aduciendo que no tienen relación directa con el daño causado (gastos de adecuación del pozo – asesorías técnicas y jurídicas – gastos en acueducto, alcantarillado y tanqueo del hidrante) desconoce el dictamen pericial que no fue objetado y goza de plena validez; y en relación con los perjuicios que encontró acreditados por tener directa relación con el daño causado, pero que resolvió condenar en abstracto, desconoce la misma prueba y demás aportadas, pues en su sentir reposa en el expediente todo el caudal probatorio para proferirse una condena concreta, precisa y determinada bajo cada uno de los rubros.

En razón de lo expuesto, solicita que se revoque parcialmente la sentencia apelada, se condene al Distrito de Santiago de Cali – DAGMA, se acceda a los perjuicios materiales a título de daño emergente y a los perjuicios morales, y se tenga en cuenta el dictamen para efectos de cuantificar la condena de manera precisa.

Por su parte, **La Sociedad Jero S.A.S.** en su recurso de apelación<sup>7</sup>, manifestó su inconformidad bajo los siguientes argumentos: **i)** Los demandantes Hernando Penilla Prado y María Consuelo Fernández Sarmiento, no están legitimados en la causa por activa para acudir al proceso, pues de conformidad con las pretensiones, las supuestas afectaciones se concretaron en la disminución al sistema de flujo de aguas subterráneas de los niveles del aljibe concesionado en favor del establecimiento de comercio “Lavautos El Peñón”, y estos demandantes no son los propietarios del mismo.

**ii)** No están cuantificados los perjuicios, sin embargo, el Juez *A-Quo* responsabiliza a la Sociedad Jero S.A.S. con fundamento en un procedimiento administrativo sancionatorio, y adicional a ello decide condenar en abstracto, demostrando una inseguridad jurídica y apartándose que la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, según la cual,

---

<sup>6</sup> Registro SAMAI de 30/08/2023 – Expediente primera instancia – índice 00066.

<sup>7</sup> Registro SAMAI de 29/08/2023 – Expediente primera instancia – índice 00065.

es deber negar los perjuicios pretendidos cuando estos no se han acreditado en el plenario.

*iii)* No está acreditado el daño, porque la parte actora no logró demostrar que el volumen disminuido de agua haya sido producto de las excavaciones de la prenombrada obra y que en consecuencia de esto se haya disminuido el ejercicio de su actividad comercial, pues el establecimiento de comercio nunca dejó de prestar sus servicios y tampoco se demostraron daños en la parte física del mismo.

Por lo expuesto, ante la ausencia de los elementos de responsabilidad, solicita que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

A su turno, la Compañía de Seguros **HID SEGUROS S.A.**<sup>8</sup>, manifestó que el Juez de primera instancia falló en la sentencia apelada, porque está debidamente acreditado que operó el fenómeno de la caducidad, medio exceptivo que fue pasado por alto. Sostiene que el 19 de diciembre de 2014, los demandantes informan de la afectación que ha padecido el pozo profundo o aljibe concesionado a “Lavautos el Peñón”, como consecuencia de las excavaciones realizadas en la construcción del Hotel La Sagrada Familia; posteriormente, el 21 de enero de 2015 el DAGMA oficializa a los demandantes la afectación que ellos ya conocían.

En razón de lo anterior, atendiendo a lo previsto en el literal i) del # 2 del Art. 164 del CPACA, los demandantes tenían hasta el 21 de enero para interponer el medio de control (2 años), pero el mismo fue interpuesto el día 18 de octubre de 2017, es decir cuando había operado la caducidad de la acción. En razón de ello, solicita que se revoque la sentencia apelada, porque el Juez incurre en defecto sustantivo por no aplicar la norma referida.

## **CONSIDERACIONES:**

### **1.- Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del presente proceso, en virtud del recurso de apelación incoado en contra de la reseñada sentencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 153 del CPACA<sup>12</sup>.

### **2.- Problema jurídico**

Atendiendo a los recursos de apelación interpuestos, especialmente al sustentado por la Compañía de Seguros HDI Seguros S.A., en principio, el problema jurídico se circunscribe a determinar si:

---

<sup>8</sup> Registro SAMAI de 29/08/2023 – Expediente primera instancia – índice 00064.

¿Está acreditada la excepción de caducidad propuesta por las accionadas Sociedad Jero S.A.S. y HDI Seguros S.A.S., pero que fue declarada no probada por el Juez -*Quo?*; o contrario a esto, la demanda de reparación directa fue interpuesta dentro del término previsto en el Art. 164 del CPACA y debe analizarse el daño y la imputabilidad del mismo a la entidad accionada.

## **2.1- Tesis de la Sala**

La Sala revocará la sentencia apelada, porque está plenamente acreditado que se configuró el fenómeno de caducidad del medio de control, por tanto, se declarará de oficio probada dicha excepción.

## **2.2.- Metodología de la Decisión**

Para arribar a la respuesta así descrita, la Sala Segunda de Decisión hará lo siguiente: *i)* Una síntesis de la excepción de caducidad y la oportunidad para presentar el medio de control de reparación directa; *ii)* Determinará con base en las pruebas militantes en el expediente, si en el presente caso la demanda de reparación directa se encuentra radicada oportunamente, dentro del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la causación del hecho dañino, de conformidad con lo establecido en el literal i) numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y, en consecuencia, si debe confirmarse, modificarse o revocarse la sentencia apelada; y, *iii)*. Finalmente, se dispondrá sobre la condena en costas.

## **3.- De la excepción de caducidad**

El Consejo de Estado<sup>9</sup>, enseña que el medio de control de reparación directa debe instaurarse en el término de dos (2) años, contados a partir de la ocurrencia del daño, independientemente de que este sea causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o por la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de un trabajo público o cualquier otra causa.

Respecto del cómputo de la caducidad en este medio de control, la jurisprudencia de dicha Corporación ha sido pacífica en establecer que este se debe efectuar de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso, en tanto que el juez puede enfrentar situaciones en las que: *i)* ocurrido el hecho dañoso, inmediatamente se conoce el daño, por su evidente notoriedad. En este escenario, el daño y el conocimiento de este por parte del lesionado son concomitantes, de lo que se sigue que es ese único momento a partir del que se debe contar el término de caducidad, o *ii)* se causa un daño, pero el lesionado no tuvo la oportunidad de conocerlo en el momento de su ocurrencia, sino con posterioridad. En este evento, el de su conocimiento u oportunidad de acceder a él, será el momento a partir del que se comenzará

---

<sup>9</sup> Ver, Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Expediente: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109). C.P. Hernán Andrade Rincón.

a computar el término de caducidad<sup>10</sup>.

En esa línea de pensamiento ha discernido el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que:

*“...Es preciso advertir que no debe confundirse el daño con los perjuicios que este genera. El primero, al ser “la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu”, estructura el quebranto de un aspecto de la integridad de un sujeto de derecho; el segundo, en cambio, deviene en el “menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño”, esto es, la derivación del primero y su manifestación externa en él y/o los sujetos directa e indirectamente afectados, que pueden incrementarse con el transcurrir temporal. En este sentido, comoquiera que el daño es él hecho que genera las aminoraciones subjetivas susceptibles de reparación - de ahí que se erija como el elemento angular de la responsabilidad civil extracontractual, en su acepción original-, él, y no sus consecuencias, es lo que marca el momento a partir del cual debe contarse la caducidad de la acción indemnizatoria...”<sup>11</sup>.*

Reiterando su postura bajo el siguiente tenor:

*“...es posible que el daño se prolongue o agrave, pero esto “no cambia las reglas a partir de las cuales empieza a computarse el término para acudir a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de reparación directa -ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o conocimiento real o presunto del demandante-, dada la distinción esencial entre la causación del daño y su permanencia desde el punto de vista temporal. En ese sentido, es claro que la extensión o agravación del daño con el paso del tiempo no le otorga el carácter de continuado o de tracto sucesivo. (...) En este sentido, cuando un daño no se consolida en un momento determinado, debe tenerse en cuenta que, el solo hecho de que la conducta causante del mismo permanezca, no implica, de forma necesaria, que exista un daño continuado, dado que es posible que lo que se prolongue en el tiempo sean sus efectos patrimoniales, esto es, los perjuicios causados por ese daño...”<sup>12</sup>.*

Así las cosas, podemos colegir que el hecho de que los efectos perjudiciales del daño se extiendan de forma indefinida en el tiempo no desvirtúa las regla previstas en el artículo 164 - 2 del CPACA y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, esto es, que la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa comienza a partir de la ocurrencia del daño, cuando este sea concomitante al hecho que lo genera, o a partir del momento en que el afectado tuvo conocimiento del daño que le fue causado, aun cuando sus efectos perjudiciales continúen presentándose. De lo contrario, el término de caducidad, que opera por ministerio de la ley, quedaría supeditado a la indeterminación y la oportunidad para elevar la pretensión indemnizatoria no se extinguiría jamás, en detrimento de la seguridad jurídica.

#### 4.- Caso concreto

El Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, argumentando que con las excavaciones realizadas en la obra Hotel La Sagrada Familia, se afectaron los acuíferos de la zona que conllevaron al

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 12 de diciembre de 2018. Expediente No. 62495.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021. Radicación No. 68001-23-33-000-2013-00082-01 (52233).

descenso de los niveles estáticos y caudal del aljibe concesionado VC-886, lo cual causó un daño injustificado y cierto al demandante, como usuario del referido pozo, por tanto hay un menoscabo de naturaleza patrimonial al afectarse el medio con el que contaba el establecimiento “Lavautos el Peñón”.

Por su parte, en lo referente a la excepción de caducidad, el apoderado de la compañía HID Seguros S.A. (llamado en garantía), en su recurso de apelación manifiesta que el medio de control se interpuso cuando había operado el fenómeno de caducidad de la acción, toda vez que el daño que se refiere en la demanda se conoció desde el mes de diciembre de 2014 y el medio de control se interpuso en el mes de octubre de 2017, es decir, cuando ya habían transcurrido más de dos (2) años.

Ahora bien, para la Sala es fundamental identificar de las pruebas allegadas al plenario, cuáles, sin lugar a discusión, determinan la fecha real del hecho generador del daño, el cual, dicho por la parte actora, tiene como causa probable del mismo: *“afectación al sistema de flujo de aguas subterráneas y de los niveles del Aljibe concesionado VC 886, causada por las excavaciones desarrolladas en la ejecución del proyecto inmobiliario Hotel Sagrada Familia”*<sup>13</sup>.

Así las cosas, atendiendo al daño propiamente dicho, es decir, **la afectación en el sistema de flujo de aguas subterráneas y los niveles del aljibe**, se evidencia que la parte actora lo conoció en las siguientes fechas:

- El **19 de diciembre de 2014**<sup>14</sup>, cuando el demandante, señor Iván Alonso Penilla Fernández, manifiesta mediante oficio a los responsables de la Obra “Hotel La Sagrada Familia”, su preocupación por los efectos de las excavaciones realizadas para la construcción de sótanos de dicho proyecto, afirmando que se estaría afectando de manera gradual y progresiva el abastecimiento de aguas subterráneas del aljibe que funcionaba en el establecimiento de su propiedad, pues la excavación de grandes dimensiones habría generado el desvío de las aguas subterráneas y/o acuíferos preexistentes al inicio de la obra, advirtiendo que dichas aguas, se habrían desviado hacia las excavaciones, generando el desabastecimiento y la modificación de las condiciones iniciales y naturales.
- El **29 de diciembre de 2014**<sup>15</sup>, cuando radica ante el Departamento de Gestión del Medio Ambiente DAGMA, derecho de petición, poniendo en conocimiento las mismas circunstancias relatadas en párrafo anterior y solicitando una visita técnica

<sup>13</sup> Según se aduce en las pretensiones de la demanda.

<sup>14</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 05CuadernoPrincipal – Páginas 14 y 15.

<sup>15</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 05CuadernoPrincipal – Páginas 16 y 17.

a la obra, a fin de determinar si esta cumplió antes, durante y después con todas las normas ambientales, consultas a vecinos y normas urbanísticas.

- El **21 de enero de 2015**<sup>16</sup>, cuando el DAGMA, mediante oficio con radicado 2015413300005221 de la misma fecha, contesta la anterior solicitud, informando el resultado técnico de visita realizada por profesionales del Grupo de Recurso Hídrico al pozo VC 886, ubicado en la Calle 4 Oeste No. 3-18 del Barrio el Peñón- Lavautos el Peñón, la cual se realiza para atender la queja de descenso en el nivel del agua del pozo concesionado que abastecía el lavadero de vehículos como posible consecuencia de la construcción que se adelantaba “Centro Comercial y Hotel La Sagrada Familia”, y que arroja como resultado, de acuerdo a la información del nivel estático obtenida en la visita de seguimiento del mes de noviembre de 2014, **que se presentaba una alteración de un 82.73 % en 38 días, lo que podría implicar una afectación del acuífero que aprovecha dicho pozo,** teniendo en cuenta las condiciones de localización y características hidrogeológicas muy deficiente de la zona, que corresponde a la parte alta del cono aluvial del río Cali.

Suficiente la prueba documental debidamente allegada al plenario y arriba relacionada, para determinar, sin lugar a equívocos, que el hecho generador del daño se dio en los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015, contrario a lo afirmado por el A-Quo, quien mediante auto que resolvió las excepciones, afirmó respecto a la excepción de caducidad propuesta, que: “(...) *es posible inferir que el 21 de enero de 2015, no puede ser el único punto de referencia para realizar el conteo del término de la caducidad, comoquiera que, posterior a ella, conforme se evidencia del sustento fáctico y probatorio **respecto del proceso del cual se alega la actuación irregular de la administración, se tiene que la parte actora continuó asumiendo una serie de perjuicios, entre ellos, la supuesta dilación injustificada de la misma, por lo que debe señalarse que fue precisamente a partir de su culminación que se concretó el presunto daño invocado como objeto de la presunta falla en el servicio, en tanto en ese instante nació el interés para acudir ante la jurisdicción por los daños causados.***”

Nótese que tales argumentos distan de la jurisprudencia en cita y que ha destacado la relación existente entre el cómputo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento mismo en que se configura, señalando que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo, y que, hay alguno cuya ocurrencia se verifica n un preciso momento, mientras que hay otros que se prolongan en el tiempo.

El Consejo de Estado ha diferenciado entre el daño inmediato y el daño continuado o de tracto sucesivo, entendiéndose por el primero, **aquél que resulta susceptible de**

<sup>16</sup> Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 05CuadernoPrincipal – Páginas 18 a 20.

**identificarse en un preciso momento de tiempo** y que si bien produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, **existe únicamente en el momento en que se producen**, ocurrencia del hecho a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, y si los efectos del mismo se extiendan después de su consolidación, esta circunstancia no puede evitar que el término comience a correr, pues de ser así, en los casos de existir un perjuicio permanente, nunca operaría la caducidad.

Para el **caso concreto**, se repite, no es viable aceptar los argumentos de la parte actora y del Juez de primera instancia, consistentes en que se conoció de la causa y magnitud del daño, solo hasta el momento en que el DAGMA notifica el informe de resultados finales, conclusiones y recomendaciones sobre las causas de los descensos de niveles estáticos del Aljibe VC-886 y se ordena la apertura de investigación y pliego de cargos contra la Sociedad Jero S.A.S. (encargada de la construcción de la Obra Hotel La Sagrada Familia), pues estos informes técnicos obedecen a un proceso administrativo que si bien está relacionado con el daño causado, porque inicia a partir del momento en que la parte actora pone en conocimiento el daño, no es la causa determinante del mismo.

Es dable precisar que, quien se ve afectado por un daño de tal magnitud, esta llamado a impulsar las acciones administrativas a que haya lugar, lo cual significa que el éxito o fracaso de las mismas, no impide que al tiempo pueda tramitarse ante el juez competente las acciones judiciales a fin de obtener la indemnización de los perjuicios derivados del daño causado, con independencia del resultado del proceso administrativo; quiere decir lo anterior, que hipotéticamente podía el DAGMA no haber sancionado a la accionada Sociedad Jero S.A.S., porque esta hubiese atendido los requerimientos que mitigaran el daño causado en la ejecución de la obra (causa de la sanción impuesta<sup>17</sup>), pero haberse acreditado que es la responsable del daño causado a la parte actora (en caso de haber interpuesto el medio de control previsto en la norma), pues son situaciones que difieren entre si.

Por lo tanto, para esta Sala de Decisión, la contabilización del término de caducidad inicia a partir del día **19 de diciembre de 2014**, y para la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 57 Judicial I para asuntos Administrativos (11 de julio de 2017), que podría haber interrumpido dicho término, ya había operado el fenómeno de caducidad de la acción, por tanto, la demanda fue presentada de forma manifiestamente extemporánea, razón por la cual la sentencia apelada será revocada; en su lugar, se declarará de oficio la excepción de caducidad del medio de control incoado.

---

<sup>17</sup> El DAGMA a través de Resolución #4133-010.21.064 de 14 de febrero de 2017 califica el proceso sancionatorio ambiental adelantado en contra de Jero S.A.S., declarando responsable a su representante legal y dicha sociedad, **por no acatar directrices, órdenes y recomendaciones impartidas, con el fin de mitigar el daño producido por la excavación realizada en inmediaciones del aljibe VC-886**, imponiendo sanción pecuniaria. (Registro SAMAI de 30/06/2022 (Primera Instancia). Índice 00041 – Carpeta Zip “1\_CAMBIOPARAPUBLICACIONDETODOSLOSDOCUMENTOS\_EXPEDIENTE\_76001333301820170021” - Pdf. 08CuadernoPrincipal – Páginas 13 a 32).

Valga precisar, que si bien el *A-Quo* mediante providencia del 31 de mayo de 2022, declaró no probada la excepción de caducidad del medio de control, lo que en principio haría inviable pronunciarse nuevamente en esta sentencia, ello es factible por dos razones: la primera, porque en aquella oportunidad se estudió el caso a solicitud de la parte demandada, quien la invocó en la contestación de la demanda, mientras ahora se estudia y declara de oficio; y la segunda, quizás la más importante, porque en esta oportunidad la Sala estudió la caducidad con base en un marco jurisprudencial que no fue abordado por el juez de primera instancia, a partir del cual se clarificó la distinción entre la causación del daño y su permanencia en el tiempo, existiendo pues un fundamento jurídico nuevo que es pertinente declarar como excepción de oficio al tenor del artículo 187 del CPACA.

## **5. Costas procesales**

La Sala venía aplicando el criterio objetivo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en toda sentencia el juez procederá a su reconocimiento cuando encuentre demostrado en el proceso que estas se causaron, sin que en esa valoración fuera relevante analizar si las partes actuaron de manera temeraria, mal intencionada o de mala fe.

No obstante, dicho criterio fue variado con la adición introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que se indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal<sup>18</sup>.

Teniendo en cuenta el cambio introducido por el legislador en la materia, la Sala Segunda de Decisión aclara que adoptará una nueva postura, en la que en las sentencias proferidas a la luz de la nueva normativa se deberá analizar la conducta realizada por las partes en el proceso, entre ellas, si se presentó o no carencia de fundamentación jurídica conforme a lo señalado en el inciso 2°, del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso, aplicando el criterio anunciado, se observa que en los fundamentos del recurso de apelación y de su oposición no se presenta una carencia de fundamentación que dé lugar a la condena en costas en segunda instancia. Contrario a ello, en sus escritos, ambas partes manifestaron argumentos razonables en defensa jurídica de sus intereses y, en consecuencia, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Jurisdiccional de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **F A L L A:**

---

<sup>18</sup> Así lo ha interpretado entre otras sentencias la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2024, expediente radicado No. 52001233300020180046100 (4256-2021). C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez.

**PRIMERO.- REVOCÁSE** la sentencia N° 047 del 10 de agosto de 2023, por medio de la cual el Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. En su lugar,

**SEGUNDO.- DECLÁRASE** de oficio probada la excepción de caducidad del medio de control incoado.

**TERCERO.-** Sin condena en costas procesales en segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en los sistemas digitales dispuestos para el efecto.

Providencia discutida y aprobada en sesión de hoy. Acta No. **043**

**Los Magistrados,**

-Firmado electrónicamente por SAMAI-

**FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ**

-Firmado electrónicamente por SAMAI-

**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**

-Firmado electrónicamente por SAMAI-

**JHON ERICK CHAVES BRAVO**