

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
DESPACHO No. 011

MAGISTRADO PONENTE: ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO

Ciudad – Fecha	Santiago de Cali, Valle del Cauca, jueves, 25 de julio de 2024
Radicación	76001-33-33-005- 2016-00287 -01
Demandante	SAMUEL GONZÁLEZ VARGAS reparaciondirecta2012@gmail.com
Demandado	EMCALI EICE ESP notificaciones@emcali.com.co
Llamados en Garantía	ALLIANZ SEGUROS S.A. notificacionesjudiciales@allianz.co ; notificaciones@gha.com.co
	LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. notificacionesjudiciales@previsora.gov.co ; dsancla@emcali.net.co
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Sentencia	169
Tema	Prestación de servicios públicos domiciliarios / filtración de aguas negras en inmueble / falla del servicio.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia No. 26 proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. La Sala revocará la decisión al probarse que el daño producido al inmueble del demandante con la filtración correspondía a un daño en la red principal de alcantarillado EMCALI EICE ESP.

II. ANTECEDENTES

- La Demanda
2. El señor Samuel González Vargas demandó a Emcali EICE ESP por los daños causados a su propiedad debido a la filtración de aguas del alcantarillado público, situación que se viene presentando desde el año 2014.
3. El demandante solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales por valor de \$10.024.039 y perjuicios morales por valor de \$20.000.000.

- Hechos relevantes

4. En el año 2014 EMCALI EICE ESP realizó una reparación por filtración del alcantarillado, que afectó un inmueble de propiedad de Samuel González. El demandante solicitó a Emcali la solución de dicho inconveniente.

5. El 26 de agosto de 2014, la demandada EMCALI EICE ESP informó al señor González Vargas sobre la reparación efectiva de la filtración que afectaba la vivienda.

6. El 11 de agosto de 2015 se solicitó ante la entidad demandada el pago de perjuicios por los daños causados con la filtración del alcantarillado, sin que haya existido pronunciamiento alguno.

7. Los daños causados por la filtración se han agravado con la aparición de agrietamientos en las paredes de la vivienda.

- **Trámite de primera instancia**

8. La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cali, el 24 de enero de 2017, decisión notificada personalmente a EMCALI EICE ESP y al Ministerio Público.

9. El 8 de agosto de 2018, mediante auto interlocutorio No. 494, se admitió el llamamiento en garantía realizado por EMCALI EICE ESP, a las aseguradoras Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

- **La contestación de la demanda y el llamamiento.**

10. **EMCALI – EICE ESP** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Indicó que los daños presentados en el inmueble a causa de una filtración, no estaban asociados a las redes oficiales de alcantarillado operadas por su representada.

11. Por el contrario, el daño se presentó en la acometida domiciliaria, que se reparó, pero las redes domiciliarias están a cargo de los usuarios del sistema de alcantarillado.

12. **Allianz Seguros S.A.**, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Acogió los argumentos de defensa de la demandada. Aunado a ello expuso que no existe prueba de responsabilidad que pueda ser imputada a Emcali y tampoco existe legitimación en la causa por activa al no existir acreditación sobre la titularidad del derecho real de dominio sobre el inmueble.

13. La **Previsora S.A. Compañía de Seguros**, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Argumentó que los daños sufridos en el inmueble no son responsabilidad de Emcali porque no provienen de un mal funcionamiento en las redes oficiales de alcantarillado, sino que la filtración se originó por el daño en una acometida domiciliaria cuyo mantenimiento está a cargo del usuario del servicio.

14. Aseveró que no se suministró material probatorio que soportara las manifestaciones de la demanda, pues no existe un dictamen pericial que determine

que la filtración de agua tiene su origen en una falla en la red de acueducto y alcantarillado de Emcali.

15. Las pruebas de las cotizaciones de materiales y mano de obra no dan cuenta del gasto efectivo y las fotografías aportadas no se identifican lugar, hora ni fecha en que se capturaron.

16. El **Ministerio Público** guardó silencio en el trámite del proceso.

- **Sentencia de primera instancia**

17. El Juez Quinto Administrativo de Cali negó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que se configuró una causal eximente de responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

18. Consideró que los daños presentados en el inmueble a causa de la filtración, no se encuentran asociados a las redes oficiales de alcantarillado, por el contrario, se originan en las condiciones propias de la construcción de la edificación, además de encontrarse el inmueble en zona de riesgo y no contar con los permisos adecuados. Aunado a ello, la construcción de sótanos, por encontrarse por debajo del nivel del terreno y del alcantarillado de Emcali hace propenso el predio a filtraciones en épocas de lluvia.

19. Así las cosas, estableció que no existe nexo causal entre el daño y la presunta falla del servicio.

- **Recurso de apelación**

20. El apoderado de la parte **demandante** realizó un recuento de las pruebas aportadas y debatidas en el proceso y afirmó que se probó debidamente la propiedad del inmueble en cabeza de su representado desde el 28 de julio de 1979, fecha para la cual no se había expedido el Acuerdo No. 0373 de 2014, según el cual se realizó la clasificación del suelo en el POT.

21. Lo anterior aclara que durante esos 35 años¹ el señor Samuel González cumplió oficialmente con requisitos y permisos adecuados y necesarios para la permanencia y consolidación de su edificación, además siempre ha contado con los servicios públicos de energía y alcantarillado, brindados por la demandada. Por lo anterior, el documento allegado por la Secretaría de Planeación del Municipio carece de validez.

22. Se encuentra probado el daño, el cual surgió desde el 10 de agosto de 2014, conforme los testimonios rendidos en audiencia, y por ese motivo la sección de alcantarillado de Emcali acudió a realizar intervenciones, sin embargo, la filtración continúa, a pesar de las llamadas y requerimientos realizados por el demandante.

¹ Tiempo transcurrido entre la compra del predio y la expedición del POT.

23. Debido a los daños causados con la filtración, se solicitó la indemnización de perjuicios directamente ante EMCALI – EICE ESP, toda vez que el demandante asumió el gasto de las reparaciones necesarias. El perjuicio moral fue probado con los testigos que sostuvieron que se ha causado un daño estructural a la vivienda, deteriorándose el bienestar de sus residentes.

24. Que Emcali identificó un daño en su red central y la reparó para posteriormente arreglar la filtración del inmueble la cual se produjo por el empate de dos acometidas domiciliarias que no estaban a cargo del demandante o dentro de su predio.

25. Así, consideró que la causa de los perjuicios reclamados es responsabilidad de EMCALI EICE ESP y no del demandante pues no era la acometida dentro del predio la causante de la filtración.

- **Actuaciones de segunda instancia**

26. El recurso se admitió por auto del 16 de junio de 2021. Contra dicho auto se interpuso recurso de reposición para que el Despacho se pronunciara sobre la práctica de pruebas de segunda instancia.

27. Mediante auto del 10 de marzo de 2022, el Despacho decidió no reponer la decisión. El togado interpuso recurso de súplica, concedido mediante auto del 16 de mayo de 2022.

28. El recurso de súplica fue resuelto el 23 de junio de 2022. Se ordenó revocar el auto y acceder a la solicitud de pruebas. El 14 de marzo de 2023 se escuchó al testigo José Jonás Gutiérrez Montenegro y al demandante en interrogatorio de parte.

- **Alegatos de Conclusión**

29. La **Previsora S.A. Compañía de Seguros** retomó sus argumentos de defensa y expuso que los daños sufridos en el inmueble no son responsabilidad de EMCALI EICE ESP, porque no corresponden a un mal funcionamiento de las redes oficiales de alcantarillado y la filtración que afectó al inmueble provenía del daño en una acometida domiciliaria.

30. Aunado a lo anterior, el inmueble se encuentra en una zona de ladera donde el demandante tiene un sótano que producía la filtración con mayor intensidad y conforme al POT, no tiene vocación de permanencia para consolidación de edificaciones o asentamientos humanos por encontrarse afectado por un área forestal de cauces de agua. Así las cosas, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

31. **EMCALI – EICE ESP**, reafirmó los argumentos de su defensa en primera instancia. Concluyó que la filtración no estaba asociada a las redes de alcantarillado operadas por su representada y tampoco se acreditó la falla en el servicio por parte de la empresa. Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

32. **Allianz Seguros S.A.**, retomó los argumentos de defensa esgrimidos dentro del trámite de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES

- **Presupuestos procesales**

Competencia de la Sala

33. Conforme a los artículos 153 y 156.6 del CPACA la Sala es competente para resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora.

Legitimación en la causa

34. La parte actora está legitimada para ejercer este medio de control pues reclama el reconocimiento de una indemnización por los perjuicios causados con las filtraciones de agua que han causado daños a un inmueble de su propiedad.

35. EMCALI EICE ESP integra la parte pasiva, y se encuentra legitimada, teniendo en cuenta que es la empresa de servicios públicos encargada del cuidado y mantenimiento de las redes de alcantarillado del municipio de Cali.

Caducidad

36. Se demanda por los daños que se causaron al inmueble del señor Samuel González Vargas, debido a filtraciones de aguas provenientes del alcantarillado.

37. Teniendo en cuenta que dentro de la demanda solo se menciona que la filtración inició en el año 2014, sin especificar una fecha exacta, el Despacho tomará como día de ocurrencia de los hechos el 26 de agosto de 2014, fecha en la cual, mediante oficio, la entidad demandada comunica al demandante la reparación realizada en dos acometidas domiciliarias.

38. En ese sentido, el término de caducidad comenzó a correr desde el 27 de agosto de 2014, de modo que, en principio, el último plazo para ejercer el derecho de acción era el 27 de agosto de 2016. La parte actora realizó la solicitud de conciliación extrajudicial el 15 de julio de 2016 y la conciliación se declaró fallida el 4 de octubre de 2016. Se presentó la demanda el 5 de octubre de 2016, por lo que se concluye que la presentación de la demanda es oportuna.

- **Problema jurídico**

La Sala se enfocará en determinar si el daño antijurídico causado al inmueble del señor Samuel González Vargas, es imputable a EMCALI EICE ESP, por las fallas presentadas en la red de alcantarillado a cargo de esta.

- **Tesis**

39. La Sala sostendrá que con las pruebas allegadas al plenario se puede establecer el daño antijurídico causado al inmueble del demandante y que provino de la falla del servicio prestado por EMCALI EICE ESP, como operador del servicio de alcantarillado público de la ciudad de Cali.

IV. DESARROLLO DEL CASO

40. Esta tesis se desarrollará en las siguientes secciones: **i)** Hechos probados relevantes para la resolución del problema jurídico; **ii)** Análisis de la imputación en el caso concreto; **iv)** condena en costas.

- **Hechos probados relevantes para la resolución del problema jurídico.**

41. A partir del material probatorio allegado en legal forma al proceso, esta Sala encuentra probados los siguientes hechos:

42. El predio con matrícula No. 370-40330² es de propiedad del señor Samuel González Vargas desde el 23 de julio de 1979.

43. El 26 de agosto de 2014, el jefe del Departamento de Recolección de EMCALI³, informó al demandante que realizada la visita a su propiedad ubicada en la Carrera 82 Oeste No. 1B-16 barrio Alto Nápoles, se pudo verificar mediante equipo de video que la filtración que afectaba su vivienda era causada por dos malos empates domiciliarios, los cuales fueron reparados.

44. Se realizaron cotizaciones de material y trabajadores para la reparación de la filtración.⁴ El 11 de agosto de 2015 se solicitó a Emcali el pago de los daños causados a la vivienda con la filtración⁵.

45. Conforme video⁶ aportado y reconocido en audiencia por el testigo Miguel Botina Pachichana existe filtración en las paredes y sótano de la casa del señor Samuel González, el agua filtrada corresponde según el testigo a aguas de alcantarilla que se incrementan en la época de lluvia.

46. Se observa un registro fotográfico⁷ que da cuenta de reparaciones al sistema de alcantarillado aportado como prueba sobreviniente, donde se evidencia el rompimiento de la capa asfáltica frente a la casa del demandante y diferentes tubos de alcantarillado.

47. Según informe técnico sobre condiciones de riesgo y afectaciones ambientales, el inmueble del señor Samuel González está por fuera de las zonas de amenaza o riesgo no mitigable por inundación de corrientes naturales de agua o por movimientos en masa. Aunado a ello el predio se encuentra afectado por el área

² Folio 2 y vuelto de los anexos de la demanda

³ Folio 3 de los anexos de la demanda

⁴ Folios 4-6 de los anexos de la demanda

⁵ Folios 11-13 de los anexos de la demanda

⁶ Índice SAMAI 00039 – archivo denominado: 9 - TestigoDocumental - Contrato 104 DE 2020 - SASI-2020-09 (.zip)(.zip) NroActua 39

⁷ Índice Samai 00009

forestal protectora de un cauce de agua y según el Acuerdo 0373 de 2014, en dichas áreas no está permitida la ocupación, no son procedentes las acciones que promuevan la permanencia y consolidación de edificaciones o asentamientos humanos en ellas.

48. El 29 de julio de 2019 se escuchó al señor Efraín Torres Valencia en su calidad del jefe del Departamento de Recolección. El testigo manifestó:

“Es una vivienda ubicada en el barrio Nápoles, presentaba una filtración. Nosotros hicimos varias investigaciones. De esas investigaciones podemos determinar que la situación que la filtración que estaba ocurriendo en la vivienda del señor González, se debió a unos empates de unas domiciliarias por la entrada del agua. Con la otra connotación que son casas que digamos están localizadas sobre una zona de ladera, donde el señor González tiene unos sótanos, que hacía que la filtración se produjera con más intensidad. Esa es una calle casi que mocha donde hay unas casas al frente que están a nivel y unas casas al otro lado que están bajo nivel de la calzada. Eso ocasionaba que el daño que presentaba afectará digamos las viviendas que estuvieran debajo del nivel de la vía. Eso es lo que se presentaba allá. Nosotros hicimos limpieza, hicimos varias investigaciones con anilina y al final la cámara nos pudo terminar que el daño se producía por daños en la acometida domiciliaria. La situación se presentaba en el sistema de alcantarillado. No sabemos quién colocó esas domiciliarias porque es un alcantarillado bastante viejo, pero el daño se producía por esos dos empates. La afectación era del señor Samuel, (...) por ahí entraba el agua del sistema, cuando llovía más que todo en época de lluvia y se regresaba por los dos huecos, por la situación que se presentaba en la casa del señor González. (...) De la investigación que se hizo se determinó que había una falla en la red central nuestra y procedimos a repararla y de una vez se reparó los dos empates de las dos acometidas afectadas. (...) Ambas acometidas eran de predios vecinos del señor González, eran de otros inmuebles. El agua escapa por las acometidas y por el terreno se filtra y llega al predio del señor González. Según el informe que yo tengo es de los predios vecinos, el señor Gonzáles no tenía ningún problema en su acometida, pero como le digo la situación de estar en un sótano pues originaba ese problema, que esas filtraciones de los predios vecinos lo afectaran por estar en esa situación topográfica por debajo del nivel del terreno y por debajo de los niveles de la tubería de alcantarillado.”

49. Posteriormente se escuchó al señor Miguel Botina Pachichana quien manifestó:

“Yo soy testigo y he visto varias veces pues el agua que sale y esa es agua de alcantarillado. O sea que el problema de él es uno de alcantarillado. Visto el material audiovisual adujo: Esa es la casa del señor Samuel González. Como se puede ver en el video ... tiene deteriorada las paredes y por debajo el terreno puede ceder. Cuando llueve el agua es mucha, eso no es nada el agua que está saliendo ahí para cuando llueve. Tiene dos sótanos. Pueden tener unos 5 mt por debajo del nivel de la calle. Esos sótanos son de muchos años atrás, yo hace 20 años que llegué a ese punto, y ya él tenía eso construido, los sótanos ya estaban hechos, él ya vivía ahí. (...) El señor Samuel González ha hecho muchas llamadas y ha pedido que le arreglen eso hace mucho tiempo y eso no le paran bolas, no hacen nada por eso.”

50. Finalmente declaró el señor José Jonás Gutiérrez Montenegro quien expuso:

“El día 10 de agosto del año 2014, él me llamó para que mirara lo de su vivienda y sobre una filtración que agua que corría por la parte interna de la vivienda donde él reside y

prácticamente fuimos con una barra tocamos fondo lo cual empezó a salir agua en estado de putrefacción de alcantarilla y al tocar muy al fondo estaba prácticamente vacío como quedando los cimientos de la casa como que ya no tenía. En la parte de la cimentación, primer piso es donde se evidencia esta situación. Ese es el primer sótano, luego sigue donde es la habitación de ellos y luego la parte donde da hacia la calle. En esta vivienda prácticamente se ha causado daño a la estructura, se ha causado daño al bienestar de ellos como residentes de la casa porque hay unos olores fuertes, pero esto se da cuando hay lluvias, se ve la desviación de las aguas que pasan por esta vivienda y por ende ellos están muy mal por esta situación. (...) Se vuelve inhabitable la situación ahí y las aguas así van dañando el cimiento de la vivienda”

51. En segunda instancia⁸ se escuchó nuevamente al señor José Jonás Gutiérrez y además se interrogó al demandante Samuel González Vargas quien expuso:

“En el 2019 fueron unos empleados de EMCALI hicieron la renovación de la cañería. Ellos fueron e hicieron esa obra en el 2019, diciembre de 2019, y en el mismo 2019 terminaron esa obra. Les escribí un derecho de petición en julio 31 y otro en agosto 18 de 2020 la cual ellos me negaron que no habían hecho ninguna obra en ese sector, por la cual de uno de los contratistas que trabajaron en esa obra les pregunté y me dieron el número de celular de él (...) y la compañía según el dijo que se llama Consorcio Emcali de Andrea 2019. Ellos me dijeron que en esa obra no habían hecho ninguna reparación, siendo que yo tengo el video que fue el 27 de enero de 2020, donde me está filmando en video mi hijo y entramos desde la calle cuando ya reparcharon el sector, ellos cambiaron toda la cañería y el agua dejó de verter dentro de mi vivienda. Yo presenté dos derechos de petición que me dieran la copia del contrato que realizaron ellos de esa obra que hicieron. No me dieron copia porque ellos dijeron que en ese sector no habían hecho ninguna obra. (...) allí en el contrato fue en el 2019 que cambiaron todo el sector de la cañería del frente de mi casa. El señor que me informó me dio la certificación que se llama Consorcio EMCALI de Andrea. (...) inclusive a las vecinas les cobraron la reconexión del alcantarillado. La casa mía está hacia el lado izquierdo, el agua filtraba debajo de la casa, cuando se hicieron las reparaciones se terminó la filtración, eran aguas negras con estiércol humano. Yo compré ese inmueble en 1989, de ahí fui construyendo poco a poco. Tenía un certificado de catastro donde decía que era apto para vivienda. En ningún momento adquirí ese alcantarillado porque las aguas negras que salen de mi vivienda van por otro sector y a otro lugar, (...) al frente de mi casa si fueron y metieron alcantarillado y esas fueron las aguas negras que me hicieron daño en mi casa. Sí sé, vi, que eran unos señores inexpertos que manejaban una carretilla los que hicieron esa cañería en todo el barrio, aun yo no tuve acceso a esa cañería porque mis aguas las desvié por otra parte. Mi acometida domiciliaria estaba al lado donde la pude hacer, yo nunca he tenido acceso a esa cañería que pusieron ellos, (...) conecté mi cañería a una cañada que baja, pero los que viven al frente mío sí tienen acceso a esa cañería, pero yo nunca he tenido ese servicio. La obra pública yo creo que benefició a las casas que viven en frente mío (...) A mí no me benefició en ningún lado, solamente tuvo el beneficio que la filtración se terminó. La obra sí se hizo porque yo fui y reclamé a las empresas inclusive hablé con el ingeniero de la base (...) le mostré con pruebas y con videos del daño que estaba haciendo y hubo un operario de ellos, mandaron una cámara y fue y les dijo allá que esa cañería tenían que cambiarla toda porque esa cañería era demasiado vieja y que estaba toda destruida y casualmente por lo que estaba destruida estaba partida y tenía filtraciones entonces repercutieron a mi vivienda y esa fue la que me dañó mis cimientos, me dañó mis paredes, me dañó unos muebles que tenía y también me estaba dañando la salud de mi esposa.”

⁸ <https://apigestionaudiencias3.ramajudicial.gov.co/public/detail/8371150>

52. El 1 de mayo de 2013 Allianz Seguros S.A., expidió la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 21311759, la cual cuenta con coaseguro entre Allianz Seguros S.A., con una participación del 80% y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con una participación. La póliza se prorrogó hasta el 1 de abril de 2015.

- **El Daño**

53. De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado el daño causado al inmueble de propiedad del señor Samuel González Vargas debido al paso de aguas negras a través de este.

54. De lo anterior da cuenta el certificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-40330, del cual se evidencia que el demandante es el propietario del bien inmueble. Igualmente el inmueble está identificado con la nomenclatura Carrera 82 Oeste No. 1B-16 del barrio Alto Nápoles, conforme el testimonio rendido por el testigo de EMCALI, Efraín Torres Valencia.

55. Igualmente, el video aportado en la demanda y ratificado por los testigos de ambas partes, quienes identificaron el inmueble y la ocurrencia del daño dentro del mismo. Lo anterior, hizo posible dilucidar la existencia de humedad, grietas y el paso del agua directamente por debajo de la casa del demandante lo cual socavó los cimientos.

56. Establecida la existencia del hecho dañoso, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la Administración Pública y, por lo tanto, si se constituye el deber jurídico de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y, en consecuencia, si la sentencia apelada debe ser confirmada o revocada.

- **Análisis de la imputación en el caso concreto**

57. El análisis de la imputación, entendido como el juicio conducente a la atribución de un daño antijurídico a un patrimonio determinado y diferente al de la propia víctima, se debe adelantar en dos fases: una, en el plano fáctico, que se verifica en función del principio de causalidad, y otra, en el plano valorativo o jurídico, que se verifica en función de los deberes jurídicos que pesaban sobre la demandada⁹; y de la prueba recaudada en relación con la conducta de la víctima y de su aptitud para fungir como elemento determinador de ese daño¹⁰.

58. En el primer aspecto, la causalidad tiene excepciones, entre ellas, en relación con los daños antijurídicos ocasionados por la acción de los agentes públicos. Por

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014, expediente 29195.

¹⁰ La doctrina, tanto como la jurisprudencia, consideran de diferentes maneras el lugar que corresponde a la culpa de la víctima en la estructura de la responsabilidad. Algún sector estima que su prueba es causa de la quiebra del nexo de causalidad; otro, qué obra como un factor impediante de la imputación del daño a la demandada. Sin embargo, una elemental consecuencia con la definición que ya ha quedado sentada, del daño antijurídico, permite inferir válidamente que, si el daño que la propia víctima determina por su obrar gravemente negligente, imprudente o inexperto, es, por antonomasia, un daño que sólo ella debe soportar, tal daño no puede reputarse antijurídico.

tanto, en tales casos, el juicio de atribución implica que se demuestre una relación causal entre el padecimiento y actuar del agente, evidenciando entonces que de no haber existido tal proceder bien pudo haberse evitado la consecuencia dañosa. En fase jurídica, y en un plano puramente normativo, el artículo 90 de la Constitución Política, fuente formal en nuestro ordenamiento del derecho administrativo de daños, no define un único título de atribución del daño y, por el contrario, defiere al juez de la responsabilidad su selección en función del caso, y a explorar, en consecuencia, en las canteras tanto de la responsabilidad subjetiva, como de la objetiva.

59. En este caso, se advierte que se encuentra acreditada una falla del servicio por parte de la entidad demandada la cual habrá de declararse.

60. La falla del servicio o la falta en la prestación de este se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia. 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 cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.

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

62. La Sala advierte que el recurso se refiere en términos generales a que Emcali incurrió en una falla en la prestación del servicio público de alcantarillado al no ejercer la supervisión de este, situación que derivó en una filtración de aguas negras dentro del inmueble del demandante, quien ni siquiera se sirve de dicho servicio público.

63. Al respecto, debe indicarse que de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, al Estado le corresponde regular, vigilar y controlar la prestación de los servicios públicos. Así, el artículo 15.1 de la Ley 142 de 1994, dispone que *las empresas de servicios públicos* pueden prestar los mismos.

64. Asimismo, según el artículo 134 de la última norma mencionada, cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos.

65. Igualmente, el artículo ídem establece que la propiedad de las redes, equipos y elementos de una acometida externa es de propiedad de quien las hubiere pagado, sino fueren inmuebles de adhesión. Sin embargo, ello no exime al suscriptor o usuario de las obligaciones resultantes del contrato y que se refieran a esos bienes.

También prevé que sin perjuicio de las labores propias de mantenimiento o reposición que sean necesarias para garantizar el servicio, las empresas no podrán disponer de las conexiones cuando fueren de propiedad de los suscriptores o usuarios, sin el consentimiento de ellos.

66. Conforme al artículo 14 de la misma norma, se tienen, entre otras, las siguientes definiciones:

14.1. Acometida. Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general. Para el caso de alcantarillado la acometida es la derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local.

14.17. Red local. Es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles.

14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo.

14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

67. Por su parte, el artículo 28 de la misma normatividad dispone que *las empresas **tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales**, cuyos costos serán a cargo de ellas*. Lo anterior se reafirma en el artículo 22 del Decreto 302 de 2000 y el artículo 7 del Decreto 3050 de 2013.

68. Descendiendo al caso concreto, se pudo establecer del testimonio rendido por el señor José Jonás Gutiérrez que el 10 de agosto de 2014 se tuvo conocimiento del hecho y que al insertar una barra en el ducto del cual provenía el agua se pudo establecer la falta de cimientos y que el agua correspondía a aguas negras que generaban malos olores en la vivienda del señor González Vargas.

69. Igualmente, se adjuntó a la demanda un video en el que se evidenció cómo brotaba agua del suelo de la calle frente a la casa del señor Samuel González y al desplazarse por la vivienda había daños en paredes y suelos hasta llegar a la parte baja de la casa, correspondiente a un sótano según los testigos, de donde brotaba agua copiosamente.

70. El video expuesto fue identificado por el señor Miguel Botina Pachichana, quien manifestó que efectivamente ese era el hogar del señor Samuel González Vargas y que dicha filtración también afectó su predio al ser colindante.

71. El jefe del Departamento de Recolección manifestó que acudieron al lugar por un daño en la red central o principal de EMCALI y de una vez se procedió a la reparación de los empates de dos acometidas domiciliarias que no pertenecían al demandante y que filtraban agua al terreno, la cual acaba dentro del inmueble del señor González.

72. Este testigo explicó que la situación en particular ocurrió debido al sótano del demandante que estaba bajo el nivel de la red de alcantarillado. Igualmente manifestó que desconocía quien instaló las acometidas ya que el alcantarillado era muy antiguo.

73. No obstante, lo cierto es que el demandante dio cuenta de esta situación hasta el año 2014, a pesar de haber adquirido el terreno y empezar a construir desde el año 1979, conforme el certificado de tradición aportado, es decir 35 años después de iniciar su ocupación en el predio.

74. Ahora bien, transcurridos tres años desde la radicación de la demanda y conforme la declaración del señor Samuel González Vargas, en el mes de diciembre de 2019, se procedió al levantamiento de la capa asfáltica para realizar el cambio total del sistema de alcantarillado debido a que por la vetustez de este se generaban filtraciones.

75. Las fotos y video aportados como prueba sobreviniente fueron reconocidos por el testigo José Jonás Gutiérrez, quien identificó la casa del demandante en las fotos y la zona de los trabajos realizados. De las fotos se evidencian diferentes tipos de tubos instalados en el suelo.

76. Aunado a lo anterior el demandante manifestó que él no tiene acceso al sistema de alcantarillado del municipio, sino que sus aguas negras se desechan hacia otro lado en una cañada.

77. Aseveró igualmente que una vez se dio el cambio total del sistema la filtración que aquejaba su inmueble se detuvo y no ha vuelto a tener inconvenientes.

78. No es posible, como lo hizo el a-quo, afirmar que en el caso hubo una culpa exclusiva de la víctima debido a la ubicación de su predio, pues a pesar de encontrarse construido en el área de protección de un cauce de agua, él no es la única persona que instaló su vivienda en dicho sector.

79. Aunado a lo anterior, se hace evidente que para la fecha de adquisición del predio y la construcción del inmueble, no se encontraba vigente el POT que ahora rige, por ende, para 1979 no estaba reglamentado el uso del suelo en dicho sector y finalmente, el ente territorial tampoco ha definido como ilegal el asentamiento, tanto así que en la zona existe sistema de acueducto y alcantarillado del cual se sirven los vecinos que viven frente al afectado.

80. Tanto así que los servicios públicos se prestan a todos los ciudadanos del barrio Alto Nápoles, y en consecuencia, el señor González Vargas no tiene que cargar con las fallas en la prestación del servicio público domiciliario únicamente por la

ubicación de su hogar.

81. Por lo anterior, de las pruebas aportadas al proceso se infiere la existencia de la responsabilidad de la administración, porque a pesar de realizar los empates de las acometidas domiciliarias en 2014 la filtración no se detuvo sino hasta que la red vieja de alcantarillado fue reformada y restaurada en el año 2019.

82. Con fundamento en la anterior valoración, la Sala encuentra elementos de juicio para considerar que, en este caso, el hecho dañoso se produjo efectivamente por la red central de la empresa de servicios públicos EMCALI, que por su vetustez presentaba fisuras que devenían en filtraciones.

83. En ese orden de ideas, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará la responsabilidad imputada en cabeza de EMCALI EICE ESP, a título de falla del servicio.

- **La indemnización de perjuicios.**

Perjuicios morales

84. En este sentido y atendiendo en primer lugar a los **perjuicios morales**, el apoderado de la parte demandante solicitó el reconocimiento de la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000), lo anterior teniendo en cuenta que el demandante y su núcleo familiar tuvieron que soportar las averías causadas en la vivienda, así como los malos olores generados por la filtración del alcantarillado.

85. En relación con el daño moral, el Consejo de Estado ha señalado que Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en “el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”. Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.

86. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido la reparación del perjuicio moral derivado de la destrucción o deterioro de bienes materiales, en los siguientes términos:

“Esta Corporación ha encontrado posible derivar perjuicios morales por la pérdida de bienes; así lo manifestó en sentencia del cinco de octubre de 1989: “Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiendo por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume”. En cuanto a la prueba de ese daño moral, ha recalcado la Sala que: “la especial naturaleza de este perjuicio implica su cabal demostración, sin que resulte suficiente para darlo por existente -y en consecuencia, para considerarlo indemnizable- con probar la titularidad del derecho y la antijurídica lesión del mismo imputable a una autoridad pública.” (...)

(...) para la Sala es claro que uno de los componentes primordiales que hace posible la felicidad humana es el hecho de contar con un lugar, en buenas condiciones, donde descansar y guarecerse. Por ese motivo, perturbaciones como la presente, que hacen para los demandantes imposible disfrutar de su lugar de residencia, de forma digna y salubre, necesariamente les produce sentimientos de congoja y tristeza, que deben ser reparados por esta jurisdicción.”¹¹

87. Del interrogatorio de parte escuchado, se extrae que la filtración de agua que ocurría en la vivienda del señor Samuel González Vargas correspondía a aguas negras que fluían a través del sótano de su hogar, aguas que conforme lo manifestado por el demandante en su relato “eran aguas negras con estiércol humano”. La anterior situación se refuerza con los demás testimonios escuchados

88. En esas circunstancias se encuentra debidamente probado el perjuicio moral, debido a la situación insalubre que debió soportar el demandante cuando a su casa se filtraban las aguas negras de los usuarios del alcantarillado. En ese entendido, debido a que la afectación moral que sufrió el demandante se prolongó por un término de alrededor de 5 años, entre el 2014 y el 2019, se le reconocerá la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Daño emergente

89. Respecto del **daño emergente**, se solicitaron las siguientes sumas de dinero:

- Por materiales para la reparación de la vivienda: \$1.804.309
- Por mano de obra para la reparación de la vivienda: \$8.219.730

90. Los anteriores valores se soportan en dos cotizaciones realizadas, no obstante, no hay prueba fehaciente del gasto o pago de dichas cotizaciones.

91. Sin embargo, la lógica indica que el demandante no debió simplemente dejar pasar el tiempo mientras la filtración dañaba los cimientos de su casa, paredes, muebles y contaminaba el aire que se respiraba en su hogar, por lo que al encontrarse probado el daño ocasionado a la vivienda, se entiende que debió hacer todo lo posible por solucionarlo y en tal sentido se accederá al pago de los perjuicios materiales causados.

- **Del llamamiento en garantía a Allianz S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros.**

92. El llamamiento en garantía a Allianz S.A y La Previsora S.A., lo fundamentó EMCALI en la póliza de seguro No. 21311759 que cubre el riesgo de responsabilidad civil extracontractual por la suma de \$10.000.000, suma que, según la póliza, deberá ser asumida en un 80% por Allianz S.A. y en un 20% por La Previsora S.A., la cual tiene vigencia desde el 1 de mayo de 2013 y fue prorrogada hasta el 01 de abril de 2015, por lo tanto, es claro que cubre los hechos narrados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. 5 de abril de 2017. Radicación número: 25000 - 23 - 26 - 000 - 2007 - 00688 - 01 (38622) A

en la demanda.

93. Así las cosas, comoquiera que el daño resulta imputable a EMCALI EICE ESP, se condenará al pago de los perjuicios causados al demandante y, de manera consecuencial, se condenará a las empresas llamadas en garantía Allianz Seguros S.A., a reintegrar, hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, las sumas que la primera tenga la obligación de cancelar por la condena impuesta.

94. En virtud de lo anterior, la Sala ordenará pagar a las compañías de seguros Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y a favor de EMCALI EICE ESP, la proporción correspondiente a las sumas que la última tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, pero únicamente hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, esto es la suma equivalente al 80% y 20%, respectivamente, de la condena.

- **Condena en costas**

95. El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 regula la condena en costas y prevé que la sentencia debe disponer sobre su imposición conforme a la regulación prevista en el Código General del Proceso. El numeral 1 del artículo 365 de este último código señala que se condenará en costas “...a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”.

96. Igualmente, en vista que se revocó la sentencia de primera instancia para acceder a las pretensiones de la demanda, la misma normatividad señala que habrá lugar a imponer condena en costas a la parte vencida que, en este caso, es la parte demandada.

97. En aplicación del numeral 4 del artículo 366 CGP, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho en ambas instancias se fijan en dos (2) SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

98. En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la **sentencia No. 26 proferida el 27 de febrero de 2020**, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** administrativamente y extracontractualmente responsable a **Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP**, por los perjuicios causados al demandante, conforme lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP a pagar a favor del demandante SAMUEL GONZÁLEZ VARGAS las siguientes sumas de dinero:

- Por perjuicios morales la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por perjuicios materiales a título de daño emergente la suma de \$10,024,039, correspondientes a \$1.804.309 para materiales y 8.219.730 de mano de obra.

CUARTO: CONDENAR a Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A., Compañía de Seguros, llamadas en garantía, a reintegrar a favor de Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, la proporción correspondiente a las sumas que la última tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, pero únicamente hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, esto es 80% y 20%, respectivamente, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

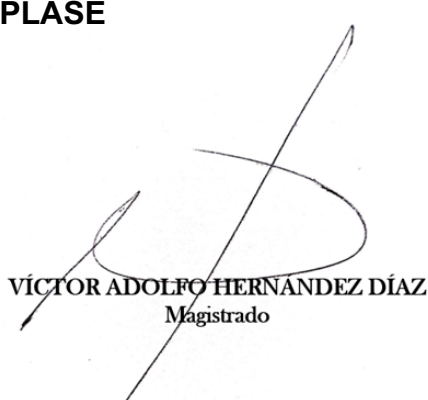
QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandada, y a favor del demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a dos (2) SMLMV.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen previa anotación en el programa “SAMAI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada



VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado



ANDRÉS GONZÁLEZ ARANGO
Magistrado

Providencia discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales y suscrito electrónicamente en la plataforma <http://samairj.consejodeestado.gov.co> en donde se puede corroborar su autenticidad.